

SCC File Number: _____

**IN THE SUPREME COURT OF CANADA
(ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO)**

BETWEEN:

**MICHAEL MCATEER, SIMONE E.A. TOPEY,
AND DROR BAR-NATAN**

APPLICANTS
(Appellants)

and

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

RESPONDENT
(Respondent)

**BOOK OF AUTHORITIES IN SUPPORT OF THE
APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL**

Peter Rosenthal

Barrister
226 Bathurst St., suite 200
Toronto ON M5T 2R9

Tel: 416.924.2257
Fax: 416.657.1511
Email: rosent@math.toronto.edu

Counsel for the Applicants

Nicolas M. Rouleau

NICOLAS M. ROULEAU
PROFESSIONAL CORPORATION
720 Brock Ave.
Toronto ON M6H 3P2

Tel: 416.885.1361
Fax: 1.888.850.1306
Email: RouleauN@gmail.com

Counsel for the Applicants

Justin Dubois

Power Law
130 Albert St.
Ottawa ON K1P 5G4

Tel: 613.702.5565
Fax: 613.702.5565
Email: jdubois@juristespower.ca

Agent for the Applicants

**ORIGINAL TO: THE REGISTRAR OF THE SUPREME COURT OF
CANADA**

COPIES TO:

Kristina Dragaitis
Department of Justice
The Exchange Tower
130 King St. W.
Suite 3400, Box 36
Toronto ON M5X 1K6

Tel: 416.952.6992

Fax: 416.954.8982

Email: Kristina.Dragaitis@justice.gc.ca

Counsel for the Respondent

TABLE OF CONTENTS

Tab	Document	Page
6. Authorities		
A.	<i>Benner v Canada (Secretary of State)</i> , [1997] 1 SCR 358.	1
B.	<i>Donald et al. v The Board of Education for the City of Hamilton et al.</i> , 1945 CanLII 117 (ONCA).	14
C.	<i>Edmonton Journal v Alberta (Attorney general)</i> , [1989] 2 SCR 1326.	30
D.	<i>E.g., Ford v Quebec (Attorney General)</i> , [1988] 2 SCR 712.	43
E.	<i>Irwin toy ltd. v Quebec (Attorney general)</i> , [1989] 1 SCR 927.	53
F.	<i>Lavigne v Ontario Public Service Employees Union</i> , [1991] 2 SCR 211.	78
G.	<i>Lavoie v Canada</i> , [2002] 1 SCR 769.	98
H.	<i>Public Service Alliance of Canada v Treasury Board (Indian and Northern Affairs Canada)</i> , 2002 PSSRB 31.	112
I.	<i>R v Big M Drug Mart Ltd.</i> , [1985] 1 SCR 295.	117
J.	<i>R v Khawaja</i> , [2012] 3 SCR 555.	128
K.	<i>R v Morgentaler</i> , [1988] 1 SCR 30.	141
L.	<i>R v Robinson</i> , 2004 CanLII 31391 (MBPC).	160
M.	<i>RJR-MacDonald Inc. v Canada (Attorney General)</i> , [1995] 3 SCR 199.	165
N.	<i>Roach v Canada (Minister of State for Multiculturalism and Citizenship)</i> (1994), [1994] 2 FC 406, 113 DLR (4th) (FCA).	189
O.	<i>Sauvé v Canada (Chief Electoral Officer)</i> , [2002] 3 SCR 519.	196
P.	<i>S.L. v Commission scolaire des Chênes</i> , [2012] 1 SCR 235.	219
Q.	<i>Slaight Communications Inc. v Davidson</i> , [1989] 1 SCR 1038.	230
R.	<i>Syndicat Northcrest v Amselem</i> , [2004] 2 SCR 551.	247
S.	<i>West Virginia State Board of Education v Barnette</i> (1943), 319 US 624 (QL), p. 632-633.	264
Other Relevant materials		
T.	Bryce Edwards, "Let Your Yea Be Yea: The Citizenship Oath, the Charter, and the Conscientious Objector" (2002) 60 <i>U. Toronto Fac. L. Rev.</i> 39, p. 67.	284
U.	Derek Smith, "The Heredity Oath in Canada's Citizenship Act Must Be Declared Optional on Appeal", 30 Mar. 2014, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2418021 .	330
V.	Léonid Sirota, "True Allegiance: The Citizenship Oath and the Charter", 4 May 2014, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2433711 .	365
W.	Lorne Sossin, "The "Supremacy of God", Human Dignity and the Charter of Rights and Freedoms" (2003) 52 <i>UNB LJ</i> 227 at 228	404
X.	Michel Bastarache, "The Opinion of the Chief Justice of Nova Scotia Regarding the Deportation of the Acadians" (2011) 42 <i>Ottawa L. Rev.</i> 261.	419
Y.	Naomi E. S. Griffiths, <i>From Migrant to Acadian: A North American Border People, 1604-1755</i> (Montreal & Kingston: McGill-Queen's UP, 2005), p. 382.	427

Mark Donald Benner *Appellant*

v.

The Secretary of State of Canada and the Registrar of Citizenship *Respondents*

and

The Federal Superannuates National Association *Intervener*

INDEXED AS: BENNER v. CANADA (SECRETARY OF STATE)

File No.: 23811.

1996: October 1; 1997: February 27.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Citizenship — Children born abroad before February 15, 1977 of Canadian fathers granted citizenship on application but those of Canadian mothers required to undergo security check and to take citizenship oath — U.S.-born son of a Canadian mother denied citizenship because of criminal charges — Whether applying s. 15(1) of Charter involves illegitimate retroactive or retrospective application — If not, whether the treatment accorded to children born abroad to Canadian mothers before February 15, 1977 by the Citizenship Act offending s. 15(1) — If so, whether saved by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3(1), 4(3), 5(1)(b), (2)(b), 12(2), (3), 22(1)(b), (d), (2)(b) — Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400, s. 20(1).

The appellant, who was born in 1962 in the United States of a Canadian mother and an American father, applied for Canadian citizenship and perfected his application on October 27, 1988. The *Citizenship Act* provided that persons born abroad before February 15, 1977, would be granted citizenship on application if born of a Canadian father but would be required to undergo a security check and to swear an oath if born of

Mark Donald Benner *Appelant*

c.

Le secrétaire d'État du Canada et le greffier de la citoyenneté *Intimés*

et

L'Association nationale des retraités fédéraux *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: BENNER c. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT)

N° du greffe: 23811.

1996: 1^{er} octobre; 1997: 27 février.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Citoyenneté — Citoyenneté attribuée sur demande aux enfants nés à l'étranger avant le 15 février 1977 d'un père canadien, alors que ceux nés d'une mère canadienne sont tenus de se soumettre à une enquête de sécurité et de prêter le serment de citoyenneté — Refus, en raison de l'existence d'accusations criminelles, d'accorder la citoyenneté à un enfant né aux États-Unis d'une mère canadienne — Le fait d'appliquer le par. 15(1) de la Charte entraîne-t-il l'application rétroactive ou rétrospective illégitime de ce texte — Si la réponse est non, le traitement appliqué par la Loi sur la citoyenneté aux enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne avant le 15 février 1977 viole-t-il le par. 15(1)? — Dans l'affirmative, peut-il être sauvegardé par l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3(1), 4(3), 5(1)(b), (2)(b), 12(2), (3), 22(1)(b), d), (2)(b) — Règlement sur la citoyenneté, C.R.C., ch. 400, art. 20(1).

L'appelant, qui est né aux États-Unis en 1962 d'une mère canadienne et d'un père américain, a présenté une demande de citoyenneté canadienne, demande qu'il a complétée le 27 octobre 1988. La *Loi sur la citoyenneté* prévoyait que les personnes nées à l'étranger d'un père canadien avant le 15 février 1977 acquéraient la citoyenneté sur demande, mais que si c'était leur mère qui était canadienne les demandeurs devaient se soumettre à une

a Canadian mother. The appellant therefore underwent a security check, during which the Registrar of Citizenship discovered that he had been charged with several criminal offences. The Registrar advised that he was prohibited from acquiring citizenship and his application was rejected.

The appellant applied for an order in the nature of *certiorari* quashing the Registrar's decision and for an order in the nature of *mandamus* requiring the Registrar to grant him citizenship without swearing an oath or being subject to a security check. The application was dismissed by the Federal Court, Trial Division and an appeal from that decision to the Federal Court of Appeal was also dismissed. The appellant was deported. The appeal raised three issues: (1) whether applying s. 15(1) — the equality provision — of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* involved an illegitimate retroactive or retrospective application of the *Charter*; (2) if not, whether the treatment accorded to children born abroad to Canadian mothers before February 15, 1977 by the *Citizenship Act* offends s. 15(1) of the *Charter*; and (3) if so, whether the impugned legislation was saved by s. 1. The constitutional questions as stated were found wanting.

Held: The appeal should be allowed.

The *Charter* does not apply retroactively. The Court has not adopted a rigid test for determining when a particular application of the *Charter* would be retrospective. Rather, each case is to be weighed in its own factual and legal context, with attention to the nature of the particular *Charter* right at issue. Not every situation involving events which took place before the *Charter* came into force will necessarily involve a retrospective application of the *Charter*. Where the fact situation is a status or characteristic, the enactment is not given retrospective effect when it is applied to persons or things that acquired that status or characteristic before the enactment, if they have it when the enactment comes into force; but where the fact situation is an event, then the enactment would be given retrospective effect if it is applied so as to attach a new duty, penalty or disability to an event that took place before the enactment. The question is one of characterization: is the situation really one of going back to redress an old event which took place before the *Charter* created the right sought to be vindicated, or is it simply one of assessing the contem-

enquête de sécurité et prêter serment. L'appelant a en conséquence fait l'objet d'une enquête de sécurité au cours de laquelle le greffier de la citoyenneté a découvert qu'il avait été accusé de plusieurs infractions criminelles. Le greffier l'a informé qu'il était inadmissible à la citoyenneté canadienne et a rejeté sa demande.

L'appelant a demandé une ordonnance de la nature d'un *certiorari* portant annulation de la décision du greffier ainsi qu'une ordonnance de la nature d'un *mandamus* enjoignant à ce dernier de lui attribuer la citoyenneté sans l'obliger à prêter serment et à se soumettre à une enquête de sécurité. La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté cette demande et la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel formé contre cette décision. L'appelant a été expulsé. Le pourvoi soulève les trois questions suivantes: (1) Le fait d'appliquer le par. 15(1) — la garantie du droit à l'égalité — de la *Charte canadienne des droits et libertés* entraîne-t-il l'application rétroactive ou rétrospective illégitime de la *Charte*? (2) Si la réponse est non, le traitement appliqué par la *Loi sur la citoyenneté* aux enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne avant le 15 février 1977 viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte*? (3) Si oui, la validité des mesures législatives contestées est-elle sauvegardée par l'article premier? Le libellé des questions constitutionnelles a été jugé inadéquat.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La *Charte* ne s'applique pas rétroactivement. La Cour n'a pas adopté un critère rigide de détermination des situations particulières dans lesquelles l'application de la *Charte* serait rétrospective. Chaque cas doit plutôt être apprécié selon le contexte factuel et législatif qui lui est propre, en portant attention à la nature du droit garanti par la *Charte* qui est en cause. Une situation comportant des événements antérieurs à l'entrée en vigueur de la *Charte* n'entraînera pas toujours l'application rétrospective de la *Charte*. Dans le cas où la situation factuelle en cause est un statut ou une caractéristique, on n'attribue aucun effet rétrospectif à un texte de loi lorsqu'il est appliqué à des personnes ou à des choses qui ont acquis ce statut ou cette caractéristique avant l'édiction du texte en question, pourvu qu'elles possèdent toujours le statut ou la caractéristique au moment de l'entrée en vigueur du texte. Par contre, dans le cas où la situation factuelle est un événement, on attribuerait un effet rétrospectif au texte de loi s'il était appliqué pour imposer une nouvelle obligation, peine ou incapacité par suite d'un événement survenu avant son édicition. La question à trancher consiste donc à caractériser la situation: s'agit-il réellement de revenir en arrière pour corriger un événement passé survenu avant que la

porary application of a law which happened to be passed before the *Charter* came into effect?

This case does not involve either a retroactive or a retrospective application of the *Charter*. The notion that rights or entitlements crystallize at birth, particularly in the context of s. 15 of the *Charter*, suggests that whenever a person born before s. 15 came into effect (April 17, 1985) suffers the discriminatory effects of a piece of legislation these effects may be immunized from *Charter* review. This is not so.

The appellant's situation should instead be seen in terms of status or ongoing condition. His status from birth — as a person born abroad prior to February 15, 1977 of a Canadian mother and a non-Canadian father — is no less a "status" than being of a particular skin colour or ethnic or religious background: it is an ongoing state of affairs. People in the appellant's condition continue to be denied the automatic right to citizenship granted to children of Canadian fathers. The presence of a date in a piece of legislation, while it may suggest an "event-related" focus rather than a "status-related" one, cannot alone be determinative. Consideration must still be given to the nature of the characteristic at issue. A difference exists between characteristics ascribed at birth (e.g., race) and those based on some action taken later in life (e.g., being a divorced person). Immutable characteristics arising at birth are generally more likely to be correctly classified as a "status" than are characteristics resulting from a choice to take some action.

In applying s. 15 to questions of status, the critical time is not when the individual acquires the status in question but when that status is held against the person or disentitles the person to a benefit. Here, that moment was when the Registrar considered and rejected the appellant's application. Since this occurred well after s. 15 came into effect, subjecting the appellant's treatment by the respondent to *Charter* scrutiny involves neither retroactive nor retrospective application of the *Charter*. Had the appellant applied for citizenship before s. 15 came into effect and been refused, he could not now come before the Court and ask that s. 15 be applied to that refusal. The appellant, however, had not engaged the legislation governing his entitlement to citizenship until his application in 1988. Until he actually

Charte crée le droit revendiqué, ou s'agit-il simplement d'apprécier l'application contemporaine d'un texte de loi qui a été édicté avant l'entrée en vigueur de la *Charte*?

La présente affaire n'entraîne pas l'application rétroactive ou rétrospective de la *Charte*. Le concept de la cristallisation des droits au moment de la naissance, plus particulièrement dans le contexte de l'art. 15 de la *Charte*, suggère que, chaque fois qu'une personne née avant l'entrée en vigueur de l'art. 15 (le 17 avril 1985) subit les effets discriminatoires d'une mesure législative, ces effets seraient à l'abri des contestations fondées sur la *Charte*. Ce n'est pas le cas.

La situation de l'appellant doit plutôt être considérée comme un statut ou une condition en cours. Son statut à la naissance — le fait d'être une personne née à l'étranger, avant le 15 février 1977, d'une mère canadienne et d'un père non canadien — est tout autant un «statut» que le fait d'avoir la peau d'une certaine couleur ou celui d'appartenir à une origine ethnique ou religieuse donnée: c'est un état de fait en cours. Les personnes dans la situation de l'appellant continuent aujourd'hui d'être privées du droit à la citoyenneté qui est conféré d'office aux enfants nés d'un père canadien. Bien que la mention d'une date dans une mesure législative puisse tendre à indiquer que celle-ci s'attache d'avantage à un «événement» qu'à un «statut», ce fait à lui seul ne saurait être déterminant. Il faut également tenir compte de la nature de la caractéristique en cause. Il y a une différence entre les caractéristiques acquises à la naissance (par exemple la race) et celles qui découlent d'un acte quelconque, accompli plus tard dans la vie (par exemple l'état de personne divorcée). Les caractéristiques immuables acquises à la naissance sont, en général, plus susceptibles d'être qualifiées à juste titre de «statut» que celles résultant de la décision d'accomplir un acte.

Lorsque l'art. 15 est appliqué à des questions de statut, l'élément important n'est pas le moment où la personne acquiert le statut en cause, mais celui auquel ce statut lui est reproché ou la prive du droit d'obtenir un avantage. En l'espèce, ce moment est celui où le greffier a examiné et rejeté la demande de l'appellant. Étant donné que cela s'est produit bien après l'entrée en vigueur de l'art. 15, l'examen en regard de la *Charte* du traitement réservé à l'appellant par l'intimé ne met pas en jeu l'application rétroactive ou rétrospective de ce texte. Si l'appellant avait demandé la citoyenneté avant l'entrée en vigueur de l'art. 15 et qu'on la lui avait refusée, il ne pourrait maintenant se présenter devant la Cour et demander l'application de cet article à ce refus. Toutefois, ce n'est que lorsque l'appellant a présenté sa

made an application for citizenship, the law set out only what his rights to citizenship would be if and when he applied, not what they were.

Several approaches to s. 15 have been advanced in the recent jurisprudence of this Court. It is not necessary for the purposes of this appeal to say determinatively which of these approaches is the most appropriate since the result is the same no matter which test is used in the application of s. 15.

The fact that children born abroad of a Canadian mother are required to undergo a security check and to swear the oath, when those born abroad of a Canadian father are not required to do so, constitutes a denial of equal benefit of the law guaranteed by s. 15 of the *Charter*. Access to the valuable privilege of Canadian citizenship is restricted in different degrees depending on the gender of an applicant's Canadian parent; sex is one of the enumerated grounds in s. 15.

The fact that Parliament attempted to remedy the inequity found in the 1947 legislation by amending it does not insulate the amended legislation from further review under the *Charter*. The true source of the differential treatment for children born abroad of Canadian mothers cannot be said to be the 1947 Act, as opposed to the current Act, because the earlier Act does not exist anymore. It is only the operation of the current Act and the treatment it accords the appellant because his Canadian parent was his mother which is in issue. The current Act, to the extent that it carries on the discrimination of its predecessor legislation, may itself be reviewed under s. 15.

The appellant is not attempting to raise the infringement of someone else's rights for his own benefit. He is the primary target of the sex-based discrimination mandated by the legislation and possesses the necessary standing to raise it. The appellant's mother is implicated only because the extent of his rights are made dependent on the gender of his Canadian parent. Where access to a benefit such as citizenship is restricted on the basis of something so intimately connected to and so completely beyond the control of an applicant as the gender of his or her Canadian parent, that applicant may invoke the protection of s. 15. Permitting s. 15 scrutiny of the treatment of the appellant's citizenship application simply allows the protection against discrimination guaranteed

demande, en 1988, que la loi régissant son droit à la citoyenneté s'est appliquée à lui. Jusqu'à ce qu'il présente effectivement une demande de citoyenneté, la loi établissait simplement quels seraient ses droits en matière de citoyenneté lorsqu'il ferait une demande en ce sens, et non quels étaient ces droits.

Plusieurs façons d'aborder l'application de l'art. 15 de la *Charte* ont été avancées dans la jurisprudence récente de notre Cour. Pour trancher le présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de déterminer de façon décisive laquelle est la plus appropriée, car le résultat serait identique, peu importe le critère retenu pour l'application de l'art. 15.

Le fait que les enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne sont tenus de se soumettre à une enquête de sécurité et de prêter serment, alors que ceux nés à l'étranger d'un père canadien ne le sont pas, constitue une négation du droit à l'égalité de bénéfice de la loi garanti par l'art. 15 de la *Charte*. L'accès au précieux privilège qu'est la citoyenneté canadienne est limité, à des degrés divers, selon que c'est la mère ou le père du demandeur qui est canadien; le sexe est l'un des motifs énumérés à l'art. 15.

Le fait que le Parlement ait tenté de corriger l'iniquité créée par la Loi de 1947 en y apportant des modifications n'a pas pour effet de soustraire la loi modifiée à tout examen ultérieur fondé sur la *Charte*. Il est impossible d'affirmer que la source véritable du traitement différent appliqué aux enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne est la Loi de 1947, et non la loi actuelle, car l'ancienne loi n'existe plus. Ce qui est en litige, ce n'est que le fonctionnement de la Loi actuelle et le traitement qu'elle applique à l'appelant du fait que seule sa mère était canadienne. Dans la mesure où la Loi actuelle perpétue la discrimination créée par la loi qui l'a précédée, elle peut elle-même être examinée en regard de l'art. 15.

L'appelant ne tente pas d'invoquer, à son propre profit, la violation des droits d'une autre personne. Il est la cible principale de la discrimination fondée sur le sexe établie par la législation et il a la qualité requise pour la contester. Sa mère n'est concernée que parce que l'étendue des droits de l'appelant est tributaire du sexe de celui de ses parents qui est canadien. Lorsque l'accès à des avantages tels que la citoyenneté est restreint pour un motif aussi intimement lié à un demandeur et aussi indépendant de sa volonté que le sexe de celui de ses parents qui est canadien, le demandeur peut invoquer la protection de l'art. 15. Le fait d'autoriser l'examen, en regard de l'art. 15, du traitement appliqué à la demande de citoyenneté de l'appelant ne fait qu'étendre la protec-

to him by s. 15 to extend to the full range of the discrimination. This is precisely the "purposive" interpretation of *Charter* rights mandated by earlier decisions of this Court.

These reasons do not create a general doctrine of "discrimination by association". The link between child and parent is of a particularly unique and intimate nature. A child has no choice who his or her parents are. Whether this analysis should extend to situations where the association is voluntary rather than involuntary or where the characteristic of the parent upon which the differential treatment is based is not an enumerated or analogous ground are questions for another day.

That the differential treatment of children born abroad with Canadian mothers as opposed to those with Canadian fathers may be a product of historical legislative circumstance, not of discriminatory stereotypical thinking, is not relevant to deciding whether or not the impugned provisions are discriminatory. The motivation behind Parliament's decision to maintain a discriminatory denial of equal treatment cannot make the continued denial any less discriminatory. This legislation continues to suggest that, at least in some cases, men and women are not equally capable of passing on whatever it takes to be a good Canadian citizen.

The impugned legislation was not saved under s. 1 of the *Charter*. Ensuring that potential citizens are committed to Canada and do not pose a risk to the country are pressing and substantial objectives which are not reasonably advanced by the two-tiered application system created by the impugned provisions. The impugned legislation was not rationally connected to its objectives. The question to be asked in this regard is not whether it is reasonable to demand that prospective citizens swear an oath and undergo a security check before being granted citizenship but whether it is reasonable to make these demands only of children born abroad of Canadian mothers, as opposed to those born abroad of Canadian fathers. Clearly no inherent connection exists between this distinction and the desired legislative objectives.

Although retroactively imposing automatic Canadian citizenship in 1977 on children already born abroad of

tion contre la discrimination qui lui est garantie par l'art. 15 à la pratique discriminatoire dans son ensemble. Il s'agit précisément de l'interprétation «fondée sur l'objet» des droits garantis par la *Charte* qu'a prescrite notre Cour dans des arrêts antérieurs.

Les présents motifs ne créent pas un principe général de «discrimination par association». Le lien entre un enfant et son père ou sa mère a un caractère particulièrement unique et intime. L'enfant ne choisit pas ses parents. La question de savoir si cette analyse devrait s'étendre aux situations dans lesquelles l'association d'une personne à un groupe est volontaire plutôt qu'involontaire, ou dans lesquelles la caractéristique appartenant au père ou à la mère et sur laquelle est fondé le traitement différent n'est pas un motif énuméré ou analogue sera examinée à une autre occasion.

Le fait que le traitement différent appliqué aux enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne par rapport à ceux nés d'un père canadien puisse être le produit d'événements législatifs historiques, et non d'une attitude discriminatoire stéréotypée, n'est pas pertinent pour décider si les dispositions contestées sont discriminatoires. Les motifs à l'origine de la décision du Parlement de maintenir une négation discriminatoire du droit à l'égalité de traitement ne peuvent atténuer le caractère discriminatoire de cette négation. Ces mesures législatives continuent de suggérer que, à tout le moins dans certains cas, les hommes et les femmes n'ont pas une capacité égale de transmettre à leurs enfants ce qu'il faut pour être un bon citoyen canadien.

La validité des mesures législatives contestées n'est pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Le fait de s'assurer de l'engagement envers le Canada des citoyens potentiels et celui de s'assurer qu'ils ne constituent pas un risque pour le pays sont des objectifs urgents et réels, mais dont le régime de demande à deux niveaux créé par les dispositions contestées ne peut raisonnablement favoriser la réalisation. Il n'existe pas de lien rationnel entre les dispositions législatives contestées et les objectifs qu'elles visent. À cet égard, la question n'est pas de savoir s'il est raisonnable de demander aux éventuels citoyens de prêter serment et de se soumettre à une enquête de sécurité avant de leur attribuer la citoyenneté, mais plutôt s'il est raisonnable de l'exiger uniquement des enfants nés d'une mère canadienne, et non de ceux nés d'un père canadien. Il n'y a manifestement aucun lien inhérent entre cette distinction et les objectifs législatifs poursuivis.

Même si en accordant rétroactivement d'office, en 1977, la citoyenneté canadienne aux enfants nés à

Canadian mothers could have caused difficulties for those children by interfering with rights or duties of citizenship already held in other countries, the Act clearly demonstrates that citizenship based on lineage was never imposed automatically, even on children born abroad of Canadian fathers. Treating children born abroad of Canadian mothers similarly to those born of Canadian fathers would therefore not have caused any undesirable retroactive effects. Anyone not wanting Canadian citizenship through an extension of those rights enjoyed by children of Canadian fathers to those born abroad of Canadian mothers would have had the option of simply not registering his or her birth. Only those children born abroad of Canadian mothers willing to take on Canadian citizenship would have it. It should also be noted that the current Act does not require these procedures for any children born abroad of a Canadian parent after February 15, 1977, no matter how old. If such children do not pose a potential threat to national security such that an oath and security check are required, it is difficult to see why someone in the appellant's class does.

It was probable that the impugned legislation would likely fail the proportionality test as well.

The offending legislation was declared to be of no force or effect.

Cases Cited

Considered: *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Sarson*, [1996] 2 S.C.R. 223; *Murray v. Canada (Minister of Health and Welfare)*, [1994] 1 F.C. 603; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314; *Elias v. U.S. Department of State*, 721 F.Supp. 243 (1989); **distinguished:** *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; **referred to:** *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; *R. v. Stewart*, [1991] 3 S.C.R. 324; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Crease v. Canada*, [1994] 3 F.C. 480; *R. v. Turpin*,

l'étranger d'une mère canadienne, on aurait pu leur causer des problèmes d'incompatibilité avec les droits et les devoirs qu'ils avaient déjà en tant que citoyens d'autres pays, la Loi démontre clairement que la citoyenneté fondée sur la filiation n'a jamais été imposée d'office, même aux enfants nés à l'étranger d'un père canadien. Le fait de traiter de la même manière les enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne et ceux nés d'un père canadien n'aurait donc entraîné aucun effet rétroactif indésirable. Quiconque n'aurait pas voulu profiter de la citoyenneté canadienne par l'extension des droits reconnus aux enfants nés d'un père canadien à ceux nés à l'étranger d'une mère canadienne aurait eu la faculté de tout simplement s'abstenir d'enregistrer sa naissance. Seuls les enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne et désirant acquérir la citoyenneté canadienne se la verraient reconnaître. Il convient également de souligner que la Loi actuelle n'impose pas ces formalités aux enfants nés à l'étranger, après le 15 février 1977, d'une mère ou d'un père canadiens, et ce quel que soit l'âge des enfants. Si ces enfants ne constituent pas, du point de vue de la sécurité nationale, une menace potentielle telle qu'il est nécessaire de leur faire prêter serment et de les soumettre à une enquête de sécurité, il est difficile d'imaginer en quoi les personnes dans la situation de l'appelant constitueraient une telle menace.

Il est vraisemblable que les mesures législatives contestées ne satisferaient pas non plus au critère de la proportionnalité.

Les mesures législatives attentatoires sont déclarées inopérantes.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Sarson*, [1996] 2 R.C.S. 223; *Murray c. Canada (Ministre de la Santé et du Bien-être social)*, [1994] 1 C.F. 603 ; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314; *Elias c. U.S. Department of State*, 721 F.Supp. 243 (1989); **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; **arrêts mentionnés:** *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; *R. c. Stewart*, [1991] 3 R.C.S. 324; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Crease c. Canada*,

[1989] 1 S.C.R. 1296; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *R. v. Big M Drug Mart, Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, App. III, s. 1(b).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.
Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, c. C-19 [formerly R.S.C. 1952, c. 33], s. 5(1).
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29 [formerly S.C. 1974-75-76, c. 108], ss. 3(1), 4(3), 5(1)(b), (2)(b), 12(2), (3), 22(1)(b), (d), (2)(b).
Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400, s. 20(1).

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. B. Rev.* 264.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1994] 1 F.C. 250, (1993), 105 D.L.R. (4th) 121, 155 N.R. 321, 16 C.R.R. (2d) 15, [1993] F.C.J. 658, dismissing an appeal from a judgment of Jerome A.C.J., [1992] 1 F.C. 771, (1991), 43 F.T.R. 180, 14 Imm. L.R. (2d) 266, dismissing an application for *certiorari* and *mandamus* with respect to the dismissal of an application for citizenship by the Registrar of Citizenship. Appeal allowed.

Mark M. Yang, for the appellant.

Roslyn J. Levine, Q.C., and *Debra M. McAllister*, for the respondents.

Neil R. Wilson, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

¹ IACOBUCCI J. — This appeal raises the constitutionality of certain provisions of the *Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108, and proclaimed in force February 15, 1977 by SI/77-43, (hereinafter

[1994] 3 C.F. 480; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *R. c. Big M Drug Mart, Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), app. III, art. 1b).
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29 [auparavant S.C. 1974-75-76, ch. 108], art. 3(1), 4(3), 5(1)(b), (2)(b), 12(2), (3), 22(1)(b), (d), (2)(b).
Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, ch. C-19 [auparavant S.R.C. 1952, ch. 33], art. 5(1).
Règlement sur la citoyenneté, C.R.C., ch. 400, art. 20(1).

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *R. du B. can.* 264.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1994] 1 C.F. 250, (1993), 105 D.L.R. (4th) 121, 155 N.R. 321, 16 C.R.R. (2d) 15, [1993] F.C.J. 658, qui a rejeté l'appel du jugement du juge en chef adjoint Jerome, [1992] 1 C.F. 771, (1991), 43 F.T.R. 180, 14 Imm. L.R. (2d) 266, ayant refusé la demande de *certiorari* et de *mandamus* présentée relativement au rejet, par le greffier de la citoyenneté, d'une demande de citoyenneté. Pourvoi accueilli.

Mark M. Yang, pour l'appelant.

Roslyn J. Levine, c.r., et *Debra M. McAllister*, pour les intimés.

Neil R. Wilson, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi sou-
 lève la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108, proclamées en vigueur le 15 février 1977

cited from R.S.C., 1985, c. C-29 (the "Act")), which provide for differential treatment of persons wishing to become citizens of Canada who had Canadian mothers, as opposed to those whose fathers were Canadian. For the reasons which follow, I find that this differential treatment violates s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. The offending provisions are therefore, to the extent of the unconstitutionality, of no force or effect.

1. Facts

Sections 3 to 6, inclusive, of the Act set out the requirements for entitlement to Canadian citizenship. These requirements depend to some extent on the date of birth of the applicant. Persons born abroad after February 14, 1977, are Canadian citizens if either of their parents was a Canadian citizen at the time of the birth: s. 3(1)(a). For people born abroad before February 14, 1977, the process of acquiring citizenship varies depending upon whether their mother or their father was Canadian.

According to s. 3(1)(e), a person is a citizen if he or she was entitled to citizenship under s. 5(1)(b) of the earlier 1947 *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19 (formerly R.S.C. 1952, c. 13, which was first enacted by S.C. 1946, c. 15, and declared to be in force January 1, 1947). This section provided that a person born outside Canada was still a "natural-born citizen" if his or her father (or, in the case of a child born out of wedlock, his or her mother) was a Canadian citizen at the time of that person's birth and if his or her birth was registered within two years of its occurrence or within such extended period as the Minister might authorize. A person, therefore, whose father was a Canadian citizen is entitled under the current Act to citizenship upon registration of his or her birth.

The situation is different for those persons who have Canadian mothers but not Canadian fathers. Section 5(2)(b) of the Act provides that the Minis-

par TR/77-43, (citées ci-après de L.R.C. (1985), ch. C-29 (la «Loi»)), qui appliquent un traitement différent aux personnes qui demandent la citoyenneté canadienne, selon qu'elles sont nées d'une mère canadienne ou d'un père canadien. Pour les motifs qui suivent, j'estime que ce traitement différent viole l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que sa validité ne peut être sauvegardée par application de l'article premier de la *Charte*. Les dispositions attentatoires sont donc inopérantes dans la mesure de leur inconstitutionnalité.

1. Les faits

Les art. 3 à 6 de la Loi établissent les conditions d'admissibilité à la citoyenneté canadienne. Ces conditions dépendent, dans une certaine mesure, de la date de naissance du demandeur. Les personnes nées à l'étranger après le 14 février 1977 sont des citoyens canadiens si, lorsqu'elles sont nées, leur père ou leur mère était citoyen canadien: al. 3(1)a). Quant aux personnes nées à l'étranger avant le 14 février 1977, la procédure leur permettant d'obtenir la citoyenneté canadienne varie selon que c'était leur père ou leur mère qui était canadien.

Conformément à l'al. 3(1)e), a qualité de citoyen la personne qui était habile à devenir citoyen aux termes de l'al. 5(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, S.R.C. 1970, ch. C-19 (anciennement S.R.C. 1952, ch. 13, qui a été édictée par S.C. 1946, ch. 15, et proclamée en vigueur le 1^{er} janvier 1947). Cette disposition prévoyait qu'une personne née hors du Canada était néanmoins «citoyen canadien de naissance» si son père (ou, dans le cas d'un enfant né hors du mariage, sa mère) était citoyen canadien au moment de la naissance de cette personne, et si le fait de sa naissance était enregistré au cours des deux années suivant l'événement ou au cours de la période prolongée autorisée par le ministre. Par conséquent, la personne dont le père était citoyen canadien est habile à devenir citoyen sous le régime de la Loi actuelle dès l'enregistrement de sa naissance.

La situation est différente en ce qui concerne les personnes dont la mère est canadienne, mais dont le père ne l'est pas. Aux termes de l'al. 5(2)b) de la

As I have previously concurred with the test of Cory and McLachlin JJ., my own preference is for their approach, and I apply it in these reasons. However, the result in this appeal is in my opinion the same no matter which test is applied. As I explain further below, the gender of a citizenship applicant's Canadian parent has nothing to do with the values of personal safety, nation-building or national security underlying the *Citizenship Act*. Whether one's mother or father was Canadian is entirely irrelevant to the quality of one's candidacy for Canadian citizenship. Even if relevance is a factor to be considered in weighing legislation in the context of s. 15, it is of no help to the respondent in this case.

Nor, in my view, is the respondent's position assisted by consideration of the factors favoured by my colleague, L'Heureux-Dubé J. Children born abroad of Canadian mothers and applying for citizenship are a vulnerable group and extremely sensitive to the kind of legislative distinctions made by the impugned legislation. Moreover, the effects of these distinctions can be extremely severe, leading to delay or even permanent rejection in the attempt to become a citizen of Canada. I cannot imagine an interest more fundamental to full membership in Canadian society than Canadian citizenship. The impugned provisions of the Act are no more likely to survive s. 15 scrutiny under this test than under either of the previous ones.

A s. 15 applicant, then, must show a denial of one of what have been termed the "four equalities", namely, equality before the law, equality under the law, equal protection of the law, and equal benefit of the law. The applicant must also show that the denial is "discriminatory". Where the denial is based on a ground expressly enumerated in s. 15(1), or one analogous to them, it will generally be found to be discriminatory, although

Ayant déjà souscrit au critère établi par les juges Cory et McLachlin, je préfère leur analyse et je l'applique dans les présents motifs. Toutefois, le résultat du présent pourvoi serait le même, peu importe le critère appliqué. Comme je l'explique plus loin, le sexe du parent dont se réclame l'auteur d'une demande de citoyenneté n'a rien à voir avec les valeurs — sécurité de la personne, développement de la nation ou sécurité nationale — qui sous-tendent la *Loi sur la citoyenneté*. Le fait que ce soit le père ou la mère qui était canadien n'est aucunement pertinent relativement à la qualité de la candidature d'une personne à la citoyenneté canadienne. Même si la pertinence est un facteur à prendre en compte pour apprécier un texte de loi en regard de l'art. 15, ce facteur ne sert aucunement la cause de l'intimé en l'espèce.

À mon avis, la prise en compte des facteurs privilégiés par ma collègue, le juge L'Heureux-Dubé, n'aide pas non plus la thèse de l'intimé. Les enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne et qui demandent la citoyenneté forment un groupe vulnérable et extrêmement sensible aux distinctions d'origine législative du genre de celles établies par les dispositions législatives contestées. Qui plus est, les effets de ces distinctions peuvent être extrêmement graves, et entraîner des retards, voire un rejet permanent, pour les personnes qui demandent à devenir citoyens canadiens. Je ne puis imaginer d'intérêt plus fondamental que la citoyenneté canadienne pour quiconque veut être membre à part entière de la société canadienne. Les dispositions contestées de la Loi n'ont pas davantage de chances de résister à un examen en regard de l'art. 15 fait en application de ce critère qu'à un examen fait en application de l'un ou l'autre des critères précédents.

La personne qui invoque l'art. 15 doit donc prouver la négation de l'un des droits qu'on a appelés les «quatre droits à l'égalité», c'est-à-dire l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, la protection égale de la loi et l'égalité de bénéfice de la loi. Le demandeur doit également établir que cette négation est «discriminatoire». Lorsque la négation du droit en cause est fondée sur l'un des motifs expressément énumérés au par. 15(1) ou sur

there may, of course, be exceptions: see, e.g., *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872.

70 The impugned provisions of the 1977 *Citizenship Act* expressly distinguish between children born abroad before 1977 to Canadian mothers and children born abroad before 1977 to Canadian fathers. Linden J.A. aptly explained the operation of these provisions in his reasons in the Federal Court of Appeal, at p. 266:

... for those born before 1977, there are now two separate citizenship schemes in place in Canada: one for those relying on maternal lineage and one for those relying on paternal lineage. Those claiming Canadian citizenship based on maternal lineage encounter a more onerous process with more burdensome requirements and more serious implications than individuals relying on a paternal link.

71 Individuals wishing to claim Canadian citizenship on the basis of their mother's citizenship must apply to become citizens. They must swear an oath and are required to undergo security and criminal record checks. If these checks reveal that they have been charged with an offence, they are prevented by s. 22 from taking the oath (and therefore from becoming citizens) until the charges are resolved. If convicted of an indictable offence, they are barred from becoming Canadian citizens for three years after the conviction. Certain convictions may bar them permanently from citizenship. Individuals claiming Canadian citizenship on the basis of their father's citizenship need undergo none of those procedures. They are not required to swear an oath, and their criminal record is not scrutinized. They may claim citizenship by simply registering their birth within two years or (more likely) within an extended period authorized by the Minister. Material added to the record at the hearing of this appeal indicates that the period for registering such

un motif analogue, elle sera généralement jugée discriminatoire, bien qu'il puisse évidemment y avoir des exceptions: voir, par exemple, *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872.

Les dispositions contestées de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 établissent expressément une distinction entre les enfants nés à l'étranger, avant 1977, d'une mère canadienne et ceux nés à l'étranger, avant 1977, d'un père canadien. Le juge Linden de la Cour d'appel fédérale a bien expliqué le fonctionnement de ces dispositions dans ses motifs, à la p. 266:

... pour les personnes nées avant 1977, il y a maintenant au Canada deux régimes de citoyenneté distincts: l'un est réservé à ceux qui se réclament de leur filiation paternelle, l'autre, à ceux qui se réclament de leur filiation maternelle. Ces derniers sont soumis à un processus plus rigoureux, avec des conditions plus difficiles et des implications plus graves que pour les premiers.

Les personnes qui désirent revendiquer la citoyenneté canadienne en invoquant la citoyenneté de leur mère doivent demander à devenir des citoyens. Elles sont tenues de prêter un serment et de se soumettre à une enquête de sécurité et à une vérification de leurs antécédents judiciaires. Si cette vérification révèle qu'elles ont été accusées d'une infraction, l'art. 22 leur interdit de prêter le serment (et, partant, de devenir citoyens canadiens) jusqu'à ce qu'il ait été statué sur ces accusations. Si elles sont déclarées coupables d'un acte criminel, elles sont inadmissibles à la citoyenneté canadienne pour une période de trois ans à compter de la déclaration de culpabilité. Certaines déclarations de culpabilité peuvent entraîner leur inadmissibilité permanente à la citoyenneté. Les personnes qui revendiquent la citoyenneté canadienne en invoquant la citoyenneté de leur père ne sont tenues de se soumettre à aucune de ces formalités. Elles n'ont pas à prêter serment et leurs antécédents judiciaires ne sont pas vérifiés. Elles peuvent demander la citoyenneté à la seule condition que leur naissance ait été enregistrée dans un délai de deux ans ou (ce qui est plus probable) au cours de la période plus longue que le ministre autorise. Des éléments ajoutés au dossier à l'occasion de

1997 CanLII 376 (SCC)

those born of Canadian fathers. By maintaining this distinction, it seems to me that the legislation maintained the stereotype.

The current Act continues to establish two classes of persons born abroad wishing to become citizens: those whose Canadian parent was male and those whose Canadian parent was female. I fail to see how the motivation behind Parliament's decision to maintain a discriminatory denial of equal treatment can make the continued denial any less discriminatory. This legislation continues to suggest that, at least in some cases, men and women are not equally capable of passing on whatever it takes to be a good Canadian citizen. In fact, it suggests that children of Canadian mothers may be more dangerous than those of Canadian fathers, since only the latter are required to undergo an oath and security check. Parliament's reasoning in deciding to maintain the differential treatment established by the earlier Act may be relevant to s. 1 analysis, but I do not believe that it affects the legislation's status under s. 15.

For the above reasons, I conclude that the impugned provisions of the *Citizenship Act* are indeed discriminatory and violate s. 15 of the *Charter*. I now turn to s. 1 and consider whether this violation is demonstrably justifiable in a free and democratic society.

D. *Justification Under Section 1*

The general principles governing s. 1 analysis have been set out many times since the leading case of *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and they were recently re-stated in *Egan, supra*, at p. 605:

la citoyenneté aux enfants nés d'une mère canadienne, mais elle a maintenu la distinction entre les enfants nés d'une mère canadienne et ceux nés d'un père canadien. En maintenant cette distinction, il me semble que la loi a maintenu le stéréotype.

La Loi actuelle répartit-elle aussi en deux catégories les personnes nées à l'étranger qui désirent devenir citoyens: celles nées d'un père canadien et celles nées d'une mère canadienne. Je ne vois pas en quoi les motifs à l'origine de la décision du Parlement de maintenir une négation discriminatoire du droit à l'égalité de traitement peut atténuer le caractère discriminatoire de cette négation. Ces mesures législatives continuent de suggérer que, à tout le moins dans certains cas, les hommes et les femmes n'ont pas une capacité égale de transmettre à leurs enfants ce qu'il faut pour être un bon citoyen canadien. En fait, elles laissent entendre que les enfants nés d'une mère canadienne pourraient être plus dangereux que ceux nés d'un père canadien, étant donné que seuls les premiers sont tenus de prêter serment et de se soumettre à une enquête de sécurité. Il est possible que le raisonnement qu'a appliqué le Parlement lorsqu'il a décidé de maintenir le traitement différent établi par la Loi antérieure soit pertinent dans le cadre d'un examen fondé sur l'article premier, mais je ne crois pas qu'il ait une incidence sur la validité des mesures législatives en regard de l'art. 15.

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que les dispositions contestées de la *Loi sur la citoyenneté* sont effectivement discriminatoires et violent l'art. 15 de la *Charte*. Je vais maintenant passer à l'analyse fondée sur l'article premier et déterminer si cette violation peut être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

D. *La justification en vertu de l'article premier*

Les principes généraux régissant l'analyse fondée sur l'article premier ont été exposés à maintes reprises depuis l'arrêt de principe en la matière *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et réitérés récemment dans *Egan*, précité, (à la p. 605):

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right. In all s. 1 cases the burden of proof is with the government to show on a balance of probabilities that the violation is justifiable.

93 While the legislation in question here passes the first of these conditions, I believe that it fails on the first branch of the second — rational connection — and is therefore not justified under s. 1.

94 The appellant accepted that the objectives of the impugned provisions — to provide access to citizenship while establishing a commitment to Canada and safeguarding the security of its citizens — were sufficiently pressing and substantial to warrant limiting a *Charter* right. I believe he was correct to do so. Ensuring that potential citizens are committed to Canada and do not pose a risk to the country are pressing and substantial objectives.

95 I do not see, however, how these goals are reasonably advanced by the two-tiered application system created by the impugned provisions. The respondent submitted that requiring an oath and a security check are perfectly rational ways of ensuring that those who become citizens share our commitment to Canada and that they do not pose a threat to national security. Linden J.A. accepted this argument in the Federal Court of Appeal. With respect, I must disagree. The relevant question is whether the discrimination is rationally connected to the legislative objectives. We must therefore ask

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. Dans le contexte de l'article premier, l'incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier.

Bien que les mesures législatives en cause satisfassent à la première de ces conditions, je crois qu'elles ne sont pas conformes au premier volet de la deuxième — le lien rationnel — et qu'elles ne sont donc pas justifiées en vertu de l'article premier.

L'appelant a reconnu que les objectifs visés par les dispositions contestées — donner accès à la citoyenneté tout en s'assurant de l'engagement des intéressés envers le Canada et en préservant la sécurité de ses citoyens — étaient suffisamment urgents et réels pour justifier la limitation d'un droit garanti par la *Charte*. Je crois qu'il a eu raison de le reconnaître. Le fait de s'assurer de l'engagement envers le Canada des candidats à la citoyenneté et le fait de s'assurer qu'ils ne constituent pas un risque pour le pays sont des objectifs urgents et réels.

Je ne vois toutefois pas comment le régime de demande à deux niveaux créé par les dispositions contestées peut raisonnablement favoriser la réalisation de ces objectifs. L'intimé a soutenu que l'obligation de prêter serment et celle de se soumettre à une enquête de sécurité sont des moyens parfaitement rationnels de s'assurer que les personnes qui deviennent citoyens canadiens partagent notre engagement envers le Canada et qu'elles ne constituent pas une menace pour la sécurité nationale. Le juge Linden de la Cour d'appel fédérale a retenu cet argument. En toute défé-

not whether it is reasonable to demand that prospective citizens swear an oath and undergo a security check before being granted citizenship, but whether it is reasonable to make these demands only of children of Canadian mothers, as opposed to those of Canadian fathers. There is clearly no inherent connection between this distinction and the desired legislative objectives: children of Canadian mothers are not in and of themselves less committed or more dangerous than those of Canadian fathers. The respondent nevertheless suggested several reasons why, in the circumstances, the distinction was a reasonable way to seek the desired objectives. I will deal with these suggestions in turn.

The respondent argued that to have retroactively extended citizenship rights in 1977 to children already born abroad of Canadian mothers could have caused difficulties for those children by interfering with rights or duties of citizenship they already held in other countries. It was therefore reasonable to make the granting of Canadian citizenship to these children dependent upon first receiving an application. I see the respondent's point, but s. 4(3) of the Act clearly demonstrates that citizenship based on lineage was never imposed automatically, even on children of Canadian fathers. The section reads as follows:

4. . . .

(3) For the purposes of paragraph 3(1)(e), a person otherwise entitled under paragraph 5(1)(b) of the former Act to become a citizen immediately before February 15, 1977 remains so entitled notwithstanding that his birth is registered, after February 14, 1977, in accordance with the regulations made under the former Act,

(a) within two years after the occurrence of his birth; or

(b) within such extended period as the Minister may authorize after February 15, 1977 or has authorized before that date.

rence, je dois exprimer mon désaccord. La question pertinente est celle de savoir si la discrimination a un lien rationnel avec les objectifs législatifs. Nous devons donc nous demander non pas s'il est raisonnable de demander aux éventuels citoyens de prêter serment et de se soumettre à une enquête de sécurité avant de leur attribuer la citoyenneté, mais plutôt s'il est raisonnable de l'exiger uniquement des enfants nés d'une mère canadienne, et non de ceux nés d'un père canadien. Il n'y a manifestement aucun lien inhérent entre cette distinction et les objectifs législatifs poursuivis: les enfants nés d'une mère canadienne ne sont pas, par nature, moins engagés envers le pays ou plus dangereux que ceux nés d'un père canadien. L'intimé a néanmoins suggéré plusieurs raisons pour lesquelles, dans les circonstances, cette distinction était un moyen raisonnable d'atteindre les objectifs visés. Je vais examiner chacune de ces raisons à tour de rôle.

L'intimé a prétendu que si, en 1977, on avait conféré rétroactivement des droits à la citoyenneté aux enfants déjà nés à l'étranger d'une mère canadienne, une telle mesure aurait pu causer à ces enfants des problèmes d'incompatibilité avec les droits et devoirs qu'ils avaient déjà en tant que citoyens d'autres pays. Il était donc raisonnable d'assujettir la reconnaissance de la citoyenneté canadienne à ces enfants à la présentation d'une demande. Je comprends l'argument de l'intimé, mais le par. 4(3) de la Loi démontre clairement que la citoyenneté fondée sur la filiation n'a jamais été imposée d'office, même aux enfants nés d'un père canadien. Cette disposition est rédigée ainsi:

4. . . .

(3) Pour l'application de l'alinéa 3(1)e), la personne qui est par ailleurs, en application de l'alinéa 5(1)b) de l'ancienne loi, habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen, le demeure même si sa naissance est enregistrée après cette date, conformément aux règlements pris en vertu de l'ancienne loi:

a) dans les deux ans suivant sa naissance;

b) dans le délai plus long accordé par le ministre même après le 15 février 1977.

Donald et al. v. The Board of Education for the City of
Hamilton et al.

[1945] O.R. 518

ONTARIO
[COURT OF APPEAL.]
HENDERSON, GILLANDERS and ROACH JJ.A.
JUNE 6, 1945.

1945 CanLII 117 (ON CA)

Schools -- Discipline -- Rights of Boards and Teachers
-- Patriotic Exercises -- Requiring Salute to Flag and Singing
of National Anthem -- Conscientious Objections -- The Public
Schools Act, R.S.O. 1937, c. 357, ss. 2, 5, 7(1), 89, 103(a),
(i) -- The High Schools Act R.S.O. 1937, c. 360, s. 1
-- REgulations under The Department of Education Act, R.S.O.
1937, c. 356, s. 4(a), respecting Public and High Schools.

Under the relevant statutes and regulations pupils in public
or high schools who (or whose parents or guardians) object on
religious grounds to saluting the flag or singing the national
anthem are entitled to refrain from participating in these
exercises without forfeiting their right to attend school.
Since the Act and the regulations clearly recognize a right to
refrain from taking part in "religious exercises", without
defining that term, or specifying what is included in it or
excluded from it, the Court cannot take to itself the right to
say that it does not include the saluting of the flag or the
singing of the national anthem, or that such exercises have no
religious or devotional significance; to do so might well be to
deny that religious freedom which the statutes and regulations
are intended to protect. West Virginia State Board of
Education et al. v. Barnette, et al. (1943), 319 U.S. 624 at
632; The People of the State of New York v. Sandstorm, et al.
(1939), 279 N.Y. 523 at 535, quoted and applied.

Judgment of HOPE J., [1944] O.R. 475, reversed.

AN APPEAL by the plaintiffs from the judgment of HOPE J., [1944] O.R. 475, [1944] 4 D.L.R. 227, dismissing the action. The facts are stated in the reasons for judgment.

15th and 16th March and 11th April 1945. The appeal was heard by HENDERSON, GILLANDERS and ROACH JJ.A.

W. Glen How, for the plaintiffs, appellants: Neither the respondent Board nor any school teacher employed by it has either the authority or the responsibility in law forcibly to require the infant appellants to sing or to participate in the singing of three verses of the hymn or prayer constituting the national anthem, or to participate in the saluting of the flag. Participation in these two exercises is contrary to the religious beliefs of the appellants, and by virtue of The Public Schools Act, R.S.O. 1937, c. 357, s. 7(1) and The High Schools Act, R.S.O. 1937, c. 360, s. 8(1) and Reg. 12(1)(a) of the Regulations respecting High Schools and Collegiate Institutes, they are justified in their refusal to participate. The Public Schools Act gives a definite statutory right to a parent to have his child attend school. There is no right vested in the respondent Board permitting it to draw up rules and stipulate that non-compliance with them means exclusion from the schools. [HENDERSON J.A.: You say that the Board exceeded its powers under the statute, but why would you consider those exercises religious?] [ROACH J.A.: Do you say that if these acts are sincerely believed by the appellants to be religious acts, they should be so regarded by the Court?] Yes, the appellants believe that the Bible is the word of God and they must be obedient to it, and they consider the flag is an emblem of the state. [HENDERSON J.A.: I have assumed that this action was founded upon the appellants' right with respect to certain religious practices. Are the beliefs of the appellants purely individual or do they subscribe to a system of religion like other sects?] These appellants belong to a religious sect known as "Jehovah's Witnesses". If a child has a conscientious objection to any such exercises as the one in question, the respondent Board could not force the child to participate under the penalty of ejection. [GILLANDERS J.A.:

The statute does not say that the parent or child can determine in his own mind what constitutes a religious exercise; it is a matter of fact.] These are state-maintained schools set up for educating the children of the Province. These beliefs are religious, and consequently, we are within s. 7 of The Public Schools Act. Within the understanding of the appellants these are religious exercises, and within the minds of other reasonable men there is a religious connotation to those exercises. [HENDERSON J.A.: Why couldn't anyone salute the flag without offending his conscience? Your argument is that believers in this religion do not think they owe honour or respect to anyone but God.] The respondent says that the appellants are not sincere in their beliefs and that the designation of the school regulations precludes the claim that the ceremonies here objected to can be religious. This proposition has been fully discussed in the case of Adelaide Company of Jehovah's Witnesses Incorporated v. The Commonwealth (1943), 67 C.L.R. 116. [HENDERSON J.A.: I do not understand how you connect this exercise with religion, or how the ordinary respect you are asked to pay to a person who occupies a position of honour can have religious significance.] The appellants consider the flag an "image" within the meaning of Exodus, XX, 4-5, and as for the singing of the national anthem, there is a prayer voiced therein which is incompatible with the belief and hope which they hold in the early coming of the new world. Many people other than Jehova's Witnesses are prepared to admit that the blind adulation of the symbol of the state is a form of idolatry; Minersville School District et al. v. Gobitis et al. (1939), 108 Fed. (2d) 683, reversed 310 U.S. 586. According to the beliefs of the appellants, their entire service is due to God. [ROACH J.A.: Why cannot a Jehovah's Witness honour his parent and similarly pay respect to the flag: Surely neither act would be considered one of adoration. You are confusing honour and adoration.] [HENDERSON J.A.: Surely it is nothing more than a gesture of respect in questio which in no way interferes with their other right of religious freedom.] Symbolism or a salute or any other form of respect in question is in the mind of the person giving it. In the case of a super-patriot, it might be a form of worship. It is important to know the intent in the mind of those setting up the regulations. As far as the appellants are concerned, their

understanding of the prescribed acts is that they have a definite religious aspect. In their minds it is not purely a gesture of respect. If it is purely a matter of greeting, it is all the more unreasonable to insist that unless there be compliance, the children would be ejected from the school. It would mean in this case that because the appellants are being sincere and honest, they are being penalized for their beliefs. The infant appellant testified that if he saluted the flag he was attributing salvation to the state. [GILLANDERS J.A.: I fail to follow how by saluting the flag he can ascribe salvation to the state. If the flag were set up as a deity it would be quite different.] The appellants feel they are being asked to worship. [HENDERSON J.A.: Your argument is clear that what may be a mere act of politeness on the part of one man, may be a religious exercise of another.] When it can be shown that there is a definite religious objection, that is not entirely the belief of the individual, it is no longer a matter of caprice. [ROACH J.A.: If the state said to your clients: "In saluting the flag, all we ask of you as to pay a measure of respect", would your clients still refuse?] Yes, they would say it is not for the state to decide as regards their consciences. The singing of the anthem and the salute of the flage are devotions to religion.

This is an infringement of personal liberty, which should be guarded by the state: *Rossi v. Lord Provost, &c, Edinburgh et al.*, [1905] A.C. 21. There is a statutory guarantee that no child shall have his religious freedom jeopardized. In addition, there is the common law responsibility and the right of the parent to teach his child and to provide such spiritual instruction as is in his belief most apt to work to the welfare of the infant: *In re Scanlan* (1888), 57 L.J. Ch. 718. The regulations as sought to be enforced are inconsistent with the Act in that for the sake of certain possible, but not proved, advantages, an attempt is made to deny all other rights and privileges under the said statute. This would inevitably lead to the citizen suffering from abuses by officials: *Bell v. Graham; Marshall v. Graham* (1907), 76 L.J.K.B. 690. In *Hardwick v. Board of School Trustees of Fruitridge School Dist.* (1921), 205 Pac. 49, the California Court of Appeals was obliged to consider the validity of an attempt by a school

board to introduce dancing in their school in the face of religious objections to it. When the ceremony is enforced against conscientious objectors it is more likely to defeat than to accomplish high purposes. The attempt to make this patriotic ceremony one of compulsion, on threat of expulsion, is beyond the powers of the school board.

[GILLANDERS J.A.: It is necessary to remember, regarding American cases, that the Constitution guarantees certain rights to American citizens which may govern the facts in each case.]

The principles of British law require a construction consonant with the maintenance of freedom of worship in its broadest form, regardless of the unusual or dissentient quality of the belief. The infant appellants demonstrate true loyalty and love of country and the flag by standing firmly for the principles of liberty for which it stands.

O.M. Walsh, K.C., for the defendants, respondents: Our case is based upon the statutes of Ontario and the regulations enacted thereunder. If this Court concludes that it is a patriotic gesture to sign the national anthem and salute the flag, then the Legislature has provided that these acts shall be done. The Public Schools Act, R.S.O. 1937, c. 357, s. 103(a) invests the principal with power to prescribe ways of encouraging loyalty to country. [HENDERSON J.A.: The case of West Virginia State Board of Education et al. v. Barnett et al. (1943), 319 U.S. 624 impresses me very much. These American cases are founded upon the written Constitution of the United States, specifically the 1st and 14th amendments thereto. In those enactments, freedom of religious thought is guaranteed to American citizens in the United States. Is not a British subject guaranteed at least as much freedom of thought as an American citizen in similar circumstances? How can you say the legislature may interfere?] We must confine the question to our laws. American cases are based on constitutional questions. Here the sole question to be determined is whether or not the singing of the national anthem and the saluting of the flag are patriotic or religious exercises. Both are patriotic exercises, and it is imperative for the respondent and its teachers to see that such patriotic exercises are

carried out. The appellant's contention is that if they are convinced that their consciences will be injured by a state law, then the state law must get out of the way. A chaotic condition would arise if individuals were allowed to assert their superiority to a state law. By statutory provision the legislature has determined that the singing of the national anthem is not a religious exercise and, therefore, it follows that it was the imperative duty of the respondent and its teachers to see that each pupil actively participated in the exercise. The two American cases cited by the appellants at the trial, namely *Minersville School District et al. v. Gobitis et al.* (1940), 310 U.S. 586, and the *Barnette* case *supra*, were decisions based on the power of the respective school boards to make the salute a legal duty on a constitutional basis and, therefore, are not applicable to the issues on review in this appeal. The appellants recognize the authority of the state only when it does not conflict with their religious convictions. [ROACH J.A.: Counsel for the appellants says that these are religious acts; he relies upon the statute.] If this Court finds that saluting the flag and the singing of the national anthem are patriotic acts, then s. 7 of The Public Schools Act is not applicable. [HENDERSON J.A.: Your proposition is that by virtue of the words of s. 7 we must decide whether saluting the flag and singing the national anthem are religious acts?] It is for the Court to apply the facts to the law: 10 C.E.D. (Ont.), p. 213. The law to be decided is whether these are patriotic exercises within the meaning of the Act. [HENDERSON J.A.: My understanding of the appellants' position is that if they are called upon to do something which conflicts with their religious conscience, then they will not do it. With what law does it conflict if they refuse to salute the flag?] We cannot allow 245 sects to state what conflicts with their religious beliefs in matters of this kind, particularly where school discipline is involved. [GILLANDERS J.A.: The statute must be used as the test.] We must go to the law for the test. [ROACH J.A.: I can conceive of a case where someone would have a whim that could not be indulged, but when you have a group who are not being whimsical, that is a different matter.] Where there is any conflict between a state law and conviction, even though the conflict between a state law and conviction, even though the

conflict be on religious grounds, then the state law must prevail, otherwise, chaos would follow. The trial judge found that the duties of the teachers were imperative by statutory legislation and had to be carried out. Out duty is to carry out the Act. Where do we stand regarding other parents and children? The singing of the national anthem is not a religious exercise, it is a patriotic one. The law of the state is the test. If the exercises are not compulsory, and the teachers have no right to insist upon the pupils' participation, then the appeal succeeds. If the exercises are compulsory, then the appeal is lost. It is our position that the regulations call for such exercises and the teacher merely enforces the regulations. In *Ruman v. Board of Trustees of Lethbridge School District*, [1943] 3 W.W.R. 340, [1944] 1 D.L.R. 360, it was held that the provisions of the Alberta statute were not imperative, but merely discretionary, and the legislation under consideration in that case provided that the singing of the national anthem and the saluting of the flag were part of the patriotic exercises. This would indicate quite clearly, that a salute to the flag is not in its nature a religious exercise. If this appeal succeeds, all kinds of ridiculous situations are likely to arise. [GILLANDERS J.A.: The Act does not go as far as that; the only privilege is not to join in any religious exercise.] [HENDERSON J.A.: It is fundamental that you have freedom of conscience according to individual conscience.] It is necessary to consider the welfare not only of the appellants, but of the whole school: *Fitzgerald v. Northcote et al.* (1865), 4 F. & F. 656, 176 E.R. 734, and if these children influence the others in a detrimental fashion they should be expelled: *Hutt et al. v. The Governors of Haileybury College et al.* (1888), 4 T.L.R. 623 at 624; [HENDERSON J.A.: The answer to that problem is the abolition of religious exercises.] Yes, but patriotic exercises should be retained.

W. Glen How, in reply: There is no law which demands that these children should participate in these exercises. They have fundamental rights which should have no interference. Reference is made to the following cases: *Jones v. Opelika* (1943), 319 U.S. 103; *Borchert et al. v. City of Ranger et al.* (1941), 42 Fed. Supp. 577; *Lynch et al. v. City of Muskogee*

(1942), 47 Fed. Supp. 589.

Cur adv. vult.

W. Glen How, for the plaintiffs, appellants.

O.M. Walsh, K.C., for the defendants, respondents.

6th June 1945. HENDERSON J.A.:-- I concur in the reasons and conclusion of my brother Gillanders, and have nothing to add.

GILLANDERS J.A.:-- The plaintiffs appeal from a judgment of Mr. Justice Hope dismissing with costs their action against the respondent Board of Education seeking a declaration, a mandamus and damages under the following circumstances:

The appellant Roberth Donald is the father of the two infant appellants who were at the time of the trial sixteen and twelve years of age respectively. They reside in the city of Hamilton. On 18th September 1940, the two infant appellants, who prior thereto had attended a public school in the city of Hamilton under the jurisdiction of the respondent Board, were sent home with a letter from the school principal addressed to their father and reading as follows:

"Your children Robert, Grade VIII and Graham, Grade IV, have refused to take part in the opening exercises of this school. They refuse on religious principles to sing 'God Save the King', to repeat the pledge of allegiance, and to salute the Flag. "Your children are hereby suspended from this school and a copy of this letter sent to the Board of Education."

Later, in 1942, after having taken private tuition and having passed his high school entrance, the older boy was expelled from a secondary school, as under the jurisdiction of the respondent Board, for "not joining in the singing of the National Anthem or saluting the flag at the morning exercises." The expulsion, in both instances, was approved by the respondent Board, and the Board accepts full responsibility for

the action taken.

The appellants, fathers and sons, are affiliated with "Jehovah's Witnesses" and believe that saluting the flag and joining in the singing of the national anthem are both contrary to and forbidden by command of Scripture -- the former because they consider the flag an "image" within the literal meaning of Exodus, chapter XX, verses 4 and 5, and the latter because, while they respect the King and the State, the prayer voiced in this anthem is not compatible with the belief and hope which they hold in the early coming of the new world, in the government of which present temporal states can have no part.

On the interpretation placed by the learned trial judge on the relevant statutes and regulations, he held the opinion not only that power is vested in principals and teachers to require pupils to join in the salute to the flag and in the singing of the national anthem, but there is an imperative duty on them to exercise such powers.

It lies at the threshold of the problem raised to consider whether or not the Legislature has, by statutory provisions, required or empowered school boards or teachers of pupils in public or secondary schools to require pupils to perform or join in either or both of the exercises in question.

The Public Schools Act, R.S.O. 1937, c. 122, s. 89, provides: "The Public Schools Act, R.S.O. 1937, c. 122, s. 89, provides: % PROVIDES THAT SCHOOLS constituted under the Act are to be free and, subject to the irrelevant limitations there mentioned, that every person between five and twenty-one years of age "shall have the right to attend some such school in the urban municipality ... in which he resides." Section 7(1) is of some importance here and provides:

"No pupil in a public school shall be required to read or study in or from any religious book, or to join in any exercise of devotion or religion, objected to by his parent or guardian." By s. 89, "It shall be the duty of the boards of all public schools to see that the same are conducted according to this Act and the regulations ..."

By s. 103, "It shall be the duty of every teacher, --

"(a) to teach diligently and faithfully the subjects in the public school course of study as prescribed by the regulations, to maintain proper order and discipline in the school, to encourage the pupils in the pursuit of learning, and to inculcate by precept and example respect for religion and the principles of Christian morality and the highest regard for truth, justice, loyalty, love of country, humanity, benevolence, sobriety, industry, frugality, purity, temperance and all other virtues;

"(i) to suspend any pupil guilty of persistent truancy, or persistent opposition to authority, habitual neglect of duty, the use of profane or improper language, or conduct injurious to the moral tone of the school ... "

Section 2 of the Act provides that the regulations, which are defined by s. 1(i) to mean regulations made under The Department of Education Act, R.S.O. 1937, c. 356, "shall apply to any matter or thing in this Act contained, so far as the same are consistent with this Act."

Various provisions of the 1943 regulations relating to the powers and duties of principals and teachers, the duties of pupils, and the conduct of the school may be noted. By reg. 7(2) it is the duty of the pupil, inter alia, to be "obedient and respectful to the teachers; and he shall submit to such discipline as would be exercised by a kind, firm, and judicious parent."

Reg. 9(1) provides: "In every Public and Separate School, the singing of the National Anthem as authorized by the Department shall form part of the daily opening or closing exercises."

Reg. 13(1)(a) is: "Every Public School shall be opened with the reading of the Scriptures and the repeating of the Lord's Prayer, and shall be closed with the Lord's Prayer or the prayer authorized by the Department; but no pupil shall be required to take part in any religious exercises objected to by

his parent or guardian."

By reg. 13(1)(c), "If the parent or guardian objects to his child or ward taking part in the religious exercises, but directs that he shall remain in the schoolroom during these religious exercises, the teacher shall permit him to do so, provided that he maintains decorous behaviour during the exercises."

It should be noted that the regulations provide for the singing of the national anthem as part of the daily opening or closing exercises, but no specific provision is made, in either the Act or the regulations, for the salute to the flag as part of the school exercises. The duty, wisely imposed on teachers by the Act itself, "to indicate by precept and example respect for religion and the principles of Christian morality and the highest regard for truth, justice, loyalty, love of country", etc. is, of course, to be read with other provisions of the statute, and provisions of the regulations apply only "so far as the same are consistent with this Act" (s. 2).

The High Schools Act, R.S.O. 1937, c. 360, applicable to the secondary school attended for a time prior to his expulsion, by the elder of the infant appellants, contains in itself no provision to the same effect as s. 7 of The Public Schools Act, but, by the regulations applicable, it is provided:

"12. (1)(a) Every High School shall be opened with the reading of the Scriptures and the repeating of the Lord's Prayer, and shall be closed with the Lord's Prayer or the prayers authorized by the Department of Education; but no pupil shall be required to take part in any religious exercised objected to by his parent or guardian.

"(b) (ii) To secure the observance of this regulation, the teacher, before commencing a religious exercise, shall allow the necessary interval to elapse, during which the children or wards of those, if any, who have signified their objection, may retire.

"(c) If the parent or guardian objects to his child or ward

taking part in the religious exercises, but directs that he shall remain in the schoolroom during such exercises, the teacher shall permit him to do so, provided that he maintains decorous behavior during the exercises.

"(d) If, in virtue of his right to be absent from the religious exercises, any pupil does not enter the schoolroom until the close of the time allowed for religious exercises, such absence shall not be treated as an offence against the rules of the school".

By reg. 11(3) it is provided: "In every High and Vocational School, the singing of the National Anthem as authorized by the Department shall form part of the daily opening or closing exercises."

In the case of high schools the provision in the regulations for the singing of the national anthem, while not in conflict with any section of this statute itself, must be read with reg. 12. They are not necessarily in conflict. If the exercise is one of a religious nature to which the parent or guardian of a pupil objects, then his rights are amply protected by the provisions of reg. 12.

The appellants urged that to them both exercises in question, the flag salute and joining in the singing of the national anthem, are religious exercises to which they object by reason of their religious beliefs, and in which, by virtue of s. 7 of The Public Schools Act and by reg. 12 respecting high schools, they are not required to join. The respondents, on the other hand, say that these exercises are not, and cannot be said to be, exercises of devotion or religion, that the flag salute is merely a step in teaching by precept and example loyalty and love of country and cannot reasonably be said to connote any religious significance, and that, similarly, the singing of the national anthem fails in the same category; and, in any event, it is required by the regulations to form part of the opening or closing exercises of the school.

Perhaps those who framed the regulations so providing never considered that any well-disposed person would object to its

inclusion in their programme on religious grounds. There is no doubt that the teachers and the school board, in the case now being considered, in good faith prescribed the ceremony of the flag salute only with the thought of inculcating respect for the flag and the Empire or Commonwealth of Nations which events of recent years have given more abundant reason than ever before to love and respect. If I were permitted to be guided by my personal views, I would find it difficult to understand how any well-disposed person could offer objection to joining in such a salute on religious or other grounds. To me, a command to join in the salute of the flag or the singing of the national anthem would be a command not to join in any enforced religious exercise, but, viewed in proper perspective, to join in an act of respect for a contrary principle, that is, to pay respect to a nation and country which stands for religious freedom, and the principle that people may worship as they please, or not at all.

But, in considering whether or not such exercises may or should, in this case, be considered as having devotional or religious significance, it would be misleading to proceed on any personal views on what such exercises might include or exclude. Although various cases in the United States dealing with questions arising out of the flag salute are notinding here, and are not concerned with the legislation here being considered, I desire respectfully to adopt a portion of what was said by Mr. Justice Jackson in his interesting opinion in the case of *West Virginia State Board of Education et al v. Barnette et al.* (1943), 319 U.S. 624, at 632:

"Symbolism is a primitive but effective way of communicating ideas. The use of an emblem or flag to symbolize some system, idea, institution, or personality, is a short cut from mind to mind. Causes and nations, political parties, lodges and ecclesiastical groups seek to knit the loyalty of their followings to to a flag or banner, or a color or design. The State announces rank, function, and authority through crowns and races, uniforms and black robes; the church speaks through the Cross, the Crucifix, the altar and the shrine, and clerical rainment. Symbols of State often convey political ideas just as religious symbols come to convey theological ones.

Associated with many of these symbols are appropriate gestures of acceptance or respect; a salute, a bowed or bared head, a bended knee. A person gets from a symbol the meaning he puts into it, and what is one man's comfort and inspiration is another's jest and scorn."

And also the observations of Lehman J. in *The People of the State of New York v. Sandstorm et al.* (1939), 279 N.Y. 523 at 535: "There are many acts which are not acts of worship and which for most men have no religious significance and are entirely unrelated to the practice of any religious principle or tenet but which may involve a violation of an obligation which other men may think is imposed upon them by divine command or religious authority. To use a homely illustration, partaking of food is ordinary in no sense 'any approach to a religious observance.' It is purely mundane, with no religious significance, and yet ordinances establishing fast days or prohibiting the use of certain kinds of food are part of the religion of many people." That certain acts, exercises and symbols at certain times, or to certain people, connote a significance or meaning which, at other times or to other people, is completely absent, is a fact so obvious from history, and from observation, that it needs no elaboration.

The fact that the appellants conscientiously believe the views which they assert is not here in question. A considerable number of cases in other jurisdictions, in which a similar attitude to the flag salute has been taken, indicates that at least the same view has been conscientiously held by others. The salute, while it absolves pupils from joining in exercises of devotion or religion to which they, or their parents, object, does not further define or specify what such exercises are or include or exclude. Had it done so, other considerations would apply. For the Court to take to itself the right to say that the exercises here in question had no religious or devotional significance might well be for the Court to deny that very religious freedom which the statute is intended to provide.

It is urged that the refusal of the infant appellants to join in the exercises in question is disturbing and constitutes

conduct injurious to the moral tone of the school. It is not claimed that the appellants themselves engaged in any alleged religious ceremonies or observations, but only that they refrained from joining in the exercises in question. As stated by the learned trial judge, "it is clear that although the infant plaintiffs refused to so sing and so salute, they otherwise stood respectfully during such exercises and in no way, other than the refusal to participate, showed any disrespect or caused an outward disturbance by their conduct." The regulations relating to both public and high schools specifically contemplate that a pupil who objects to joining in religious exercise may be permitted to retire or to remain, provided he maintains decorous conduct during the exercises. To do just that could not, I think, be viewed as conduct injurious to the moral tone of the school or class.

I have been somewhat troubled on the question of damages. In this case the expulsion was not based on a matter to which reasonable cause, in the opinion of the Board or teacher, exercised in good faith, can provide an effective answer, as in *Wood v. Prestwich* (1911), 104 L.T. 388. The only reason for the expulsion was the failure to join in the exercises from which, in the opinion of this Court, the provisions of the Acts and regulations excused the appellants. It was, therefore, illegal, and although it was accompanied by no mala fides, and no doubt exercised in good faith, it follows that the appellants are entitled to damages. There is evidence, apparently accepted by the learned trial judge, that the adult appellant expended \$378 for private tuition and books which would otherwise have been supplied by the respondents. The individual private tuition may well have involved, in some aspects, benefits which the Board's schools could not be expected to provide, and, on the other hand, no doubt lacked certain benefits to be obtained there. The learned trial judge finds that were he assessing damages "they would not exceed \$378, being the actual out-of-pocket expenses for tuition and the cost of school books which would otherwise have been supplied by the defendant." I see no reason to interfere with the view he expressed in this regard.

For the reasons indicated the appeal must be allowed, and the

appellants should have a declaration that the infant appellants are entitled, subject to the provisions of the relevant statutes and regulations, to attend the proper schools of the respondent Board, and refrain from joining in the exercises in question in this action. The adult appellant should have judgment for \$378, and the appellants should have their costs here and below.

ROACH J.A. agrees with GILLANDERS J.A.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitor for the plaintiffs, appellants: W. Glen How,
Toronto.

Solicitors for the defendants, respondents: Walsh & Evans,
Hamilton.

IN THE MATTER OF sections 2(b) and 52(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*;

AND IN THE MATTER OF sections 25 and 30 of the *Judicature Act*, being chapter J-1 of the *Revised Statutes of Alberta, 1980*;

between

Edmonton Journal, a division of Southam Inc. Appellant

v.

The Attorney General for Alberta and the Attorney General of Canada Respondents
and

The Attorney General for Ontario Intervener

INDEXED AS: EDMONTON JOURNAL v. ALBERTA
(ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20608.

1989: March 3; 1989: December 21.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of the press — Open court process — Reports of judicial proceedings — Provincial legislation restricting publication of certain information obtained in matrimonial proceedings and at pre-trial stages of civil actions — Whether legislation violates s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether legislation justifiable under s. 1 of the Charter — Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 30.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Reports of judicial proceedings — Provincial legislation restricting publication of certain information obtained in matrimonial proceedings and at pre-trial stages of civil actions — Whether legislation violates s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether legislation justifiable under s. 1 of the Charter — Whether s. 15 applicable to corporations — Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 30.

DANS L'AFFAIRE DE l'alinéa 2b) et du paragraphe 52(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*;

^a **ET DANS L'AFFAIRE DES** articles 25 et 30 de la *Judicature Act*, chapitre J-1 des Lois révisées de l'Alberta, 1980;

entre

Edmonton Journal, une division de Southam Inc. Appellant

c.

^c **Le procureur général de l'Alberta et le procureur général du Canada Intimés**
et

^d **Le procureur général de l'Ontario Intervenant**

RÉPERTORIÉ: EDMONTON JOURNAL c. ALBERTA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20608.

^e 1989: 3 mars; 1989: 21 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Cory.

^f EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté de la presse — Publicité du processus judiciaire — Rapports des procédures judiciaires — Loi provinciale limitant la publication de certains renseignements obtenus au cours d'instances matrimoniales et d'étapes préparatoires aux procès civils — La loi viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la loi est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 30.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Rapports des procédures judiciaires — Loi provinciale limitant la publication de certains renseignements obtenus au cours d'instances matrimoniales et d'étapes préparatoires aux procès civils — La loi viole-t-elle l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la loi est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — L'article 15 s'applique-t-il aux personnes morales? — Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 30.

The appellant sought a declaration that s. 30 of the Alberta *Judicature Act* (the "Act") contravenes ss. 2(b) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which respectively guarantee freedom of expression and legal equality. Section 30(1) of the Act prohibits the publication of any detail relating to matrimonial proceedings other than the names, addresses and occupations of the parties and witnesses; a concise statement of the charges, defences, counter-charges and legal submissions; and the summing up of the judge, the finding of the jury and the judgment of the court. Section 30(2) prohibits the publication before trial of anything contained in the pleadings of civil proceedings, except the names of the parties and the general nature of the claim and of the defence. Section 30(3) provides for various types and forms of publication when ordered by the court, including the publication of matters otherwise prohibited. Both the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal dismissed the application on the ground that s. 30 constitutes a reasonable limit to s. 2(b) under s. 1 of the *Charter* and that it did not violate s. 15.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed. Sections 30(1) and 30(2) of the Act infringe s. 2(b) of the *Charter* and are not justifiable under s. 1 of the *Charter*. In light of this conclusion, it is not necessary to deal with the argument based on s. 15 of the *Charter*.

Per Dickson C.J. and Lamer and Cory JJ.: Freedom of expression is of fundamental importance to a democratic society and should only be restricted in the clearest of circumstances. It is also essential to a democracy, and crucial to the rule of law, that the courts are seen to function openly. The press must thus be free to comment and report upon court proceedings to ensure that the courts are in fact seen by all to operate openly in the penetrating light of public scrutiny. It is only through the press that most individuals can really learn of what is occurring in the courts. The members of the public, as "listeners" or "readers", have a right to receive information pertaining to public institutions, in particular the courts. Here, there is no doubt that the provisions of s. 30(1) and (2) of the Act contravene s. 2(b) of the *Charter*. Section 30(1) represses the publication of important aspects of court proceedings in matrimonial causes, including information on the evidence adduced at trial and the comments of counsel or of the presiding judge. Section 30(2) creates an almost total restriction on providing information pertaining to pleadings or documents filed in any civil proceedings, including cases

L'appelant demande un jugement déclarant que l'art. 30 de la *Judicature Act* de l'Alberta (la «Loi») contrevient à l'al. 2b) et à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui garantissent, le premier, la liberté de la presse et, le deuxième, l'égalité devant la loi. Le paragraphe 30(1) de la Loi interdit la publication de tout renseignement relatif à une procédure matrimoniale autre que les noms, adresses et occupations des parties et des témoins, un exposé concis des accusations, des défenses et des contre-accusations et des arguments sur un point de droit, et les directives du juge, la décision du jury et le jugement du tribunal. Le paragraphe 30(2) interdit la publication, avant le procès, de tous les renseignements mentionnés dans les procédures écrites à l'exception des noms des parties, de la nature de la demande ou de la défense, en termes généraux. Le paragraphe 30(3) permet certaines formes de publication lorsque la cour l'ordonne, y compris la publication de détails par ailleurs interdits. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel ont rejeté la demande parce que l'art. 30 constitue une limite raisonnable à l'al. 2b) en vertu de l'article premier de la *Charte* et qu'il ne viole pas l'art. 15.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka sont dissidents en partie): Le pourvoi est accueilli. Les paragraphes 30(1) et (2) de la Loi contreviennent à l'al. 2b) de la *Charte* et ne peuvent être justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de traiter de l'argument fondé sur l'art. 15 de la *Charte*.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Cory: La liberté d'expression est d'une importance fondamentale dans une société démocratique et ne devrait être restreinte que dans les cas les plus clairs. Il est également essentiel dans une démocratie et fondamental pour la primauté du droit que la transparence du fonctionnement des tribunaux soit perçue comme telle. La presse doit donc être libre de commenter les procédures judiciaires pour que, dans les faits, chacun puisse constater que les tribunaux fonctionnent publiquement sous les regards pénétrants du public. C'est par l'intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d'auditeurs ou de lecteurs, ils ont droit à l'information relative aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. En l'espèce, il est certain que les dispositions des par. 30(1) et (2) de la Loi violent l'al. 2b) de la *Charte*. Le paragraphe 30(1) interdit la publication d'aspects importants des procédures judiciaires dans les instances matrimoniales, y compris des renseignements sur la preuve produite au procès et les remarques des avocats ou du juge. Le paragraphe 30(2)

involving matters of administrative or constitutional law, before they have been heard.

The limits imposed by s. 30(1) and (2) on s. 2(b) are not justifiable under s. 1 of the *Charter*. While the objectives of protecting the privacy of individual (s. 30(1) and (2)) and of ensuring a fair trial (s. 30(2)) constitute pressing and substantial concerns for the purpose of s. 1 of the *Charter*, both subsections do not interfere as little as possible with the fundamental right of freedom of expression, nor do they reflect that proportionality which is required between the effect of the impugned measure on the protected right and the attainment of the objectives. The restrictions in s. 30(1) and (2) are too extensive and go much further than necessary to protect the objectives of the legislation. Section 30 by its restrictive ban on publication results in a very substantial interference with freedom of expression and significantly reduces the openness of the courts. Any need to protect the privacy of the parties, their children or of the witnesses, or to ensure a fair trial could have been accomplished by far less sweeping measures.

Because ss. 30(1) and 30(2) contravene s. 2(b), and in light of the conclusion that it cannot be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*, it is not necessary to deal with the argument based on s. 15 of the *Charter*.

Per Wilson J.: The *Charter* should be applied to individual cases using a contextual rather than an abstract approach. A contextual approach recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context and brings into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition with it. This approach is more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts of a case and is more conducive to finding a fair and just compromise between two competing values under s. 1. The importance of a *Charter's* right or freedom, therefore, must be assessed in context rather than in the abstract and its purpose must also be ascertained in context.

The values in conflict in the context of this particular case are the right of the public to an open court process, which includes the right of the press to publish what goes on in the courtroom, and the right of litigants to the protection of their privacy in matrimonial proceedings. In particular, the purpose of s. 30(1) of the Act is to protect these litigants against the embarrassment,

interdit presque totalement l'accès aux renseignements relatifs aux actes de procédure ou aux documents produits dans une instance civile, y compris les instances concernant des questions de droit administratif ou de droit constitutionnel, avant qu'ils aient été présentés.

Les limites imposées à l'al. 2b) par les par. 30(1) et (2) ne peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif de protéger la vie privée des individus (par. 30(1) et (2)) et de garantir un procès équitable (par. 30(2)) constituent des préoccupations urgentes et réelles aux fins de l'article premier de la *Charte*, les deux paragraphes ne portent pas le moins possible atteinte au droit fondamental de la liberté d'expression ni ne satisfont à la proportionnalité requise entre l'effet de la mesure contestée sur le droit garanti et la réalisation des objectifs. Les restrictions des par. 30(1) et (2) sont trop sévères et vont beaucoup plus loin que ce qui est nécessaire pour protéger les objectifs de la loi. L'interdiction de publier que contient l'art. 30 porte très gravement atteinte à la liberté d'expression et altère considérablement la transparence des tribunaux. Des mesures beaucoup moins radicales pourraient protéger la vie privée des parties, de leurs enfants ou des témoins, ou assurer le caractère équitable des procès.

Puisque les par. 30(1) et (2) portent atteinte à l'al. 2b), et vu la conclusion qu'ils ne peuvent être justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de traiter de l'argument fondé sur l'art. 15 de la *Charte*.

Le juge Wilson: La *Charte* devrait être appliquée aux cas individuels selon une méthode contextuelle plutôt qu'abstraite. La méthode contextuelle reconnaît qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte et met clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et donc être plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier. L'importance d'une liberté ou d'un droit reconnus par la *Charte* doit donc être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et son objet doit être déterminé en fonction du contexte.

Les valeurs en conflit dans le contexte de l'espèce sont le droit du public à la publicité du processus judiciaire, qui comporte le droit de la presse de publier ce qui se passe dans une salle d'audience, et le droit des plaideurs à la protection de leur vie privée dans des litiges matrimoniaux. En particulier, l'objet du par. 30(1) de la Loi est de protéger les plaideurs contre la gêne, la peine ou

grief or humiliation that may flow from the publication of the particulars of their private life disclosed in the courtroom. To do so, s. 30(1) has placed serious limits on the publication of what takes place in a courtroom. These limits clearly infringe the freedom of the press guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. They restrict the right of the press to report the details of judicial proceedings and go against the traditional emphasis which has been placed in our justice system upon an open court process. The importance of the open court process in our society is supported by several compelling reasons and only powerful considerations would justify inroads into such a process.

Section 30(1) of the Act does not constitute a reasonable limit on the freedom of the press which can be justified by s. 1 of the *Charter*. While the protection of privacy is a legitimate government objective, s. 30(1) lacks the required degree of proportionality. There is unquestionably a small proportion of matrimonial cases in which publication of the evidence would cause severe emotional and psychological trauma and public humiliation for the parties (and their children) as to warrant a ban on publication. Section 30(1), however, is not restricted to such cases. It encompasses all matrimonial causes presumably on the assumption that they are all inevitably attended by such consequences. This assumption may have been valid at one time but it is wholly unrealistic today. Many allegations that might once have been acutely embarrassing and painful are today a routine feature of matrimonial causes to which little, if any, public stigma attaches. Legislation seeking to place restrictions on freedom of the press in this area need to be much more carefully tailored.

Section 30(2) of the Act infringes s. 2(b) of the *Charter* and is not justifiable under s. 1.

In light of the conclusion with respect to ss. 2(b) and 1 of the *Charter*, it is not necessary to deal with the appellant's contention that ss. 30(1) and 30(2) of the Act violate s. 15 of the *Charter*.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. (dissenting in part): The freedom of expression and the concept of open courts are essential to a free and democratic society. However, like other rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, the freedom of expression, which includes the freedom of the press and other media, is subject to such limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic

l'humiliation qui peuvent découler de la publication des détails de leur vie privée qui sont divulgués dans la salle d'audience. Pour ce faire, le par. 30(1) a imposé des limites sévères à la publication de ce qui se passe dans une salle d'audience. Ces limites portent clairement atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Elles restreignent le droit de la presse de rapporter les détails des procédures judiciaires et sont contraires à l'importance traditionnellement accordée dans notre système judiciaire à la publicité du processus judiciaire. L'importance de la publicité du processus judiciaire dans notre société est fondée sur plusieurs raisons impérieuses et seules des raisons très sérieuses peuvent justifier des atteintes à ce processus.

Le paragraphe 30(1) de la Loi ne constitue pas une limite raisonnable à la liberté de la presse qui peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien que la protection de la vie privée soit un objectif gouvernemental légitime, le par. 30(1) n'a pas le degré de proportionnalité requis. Il existe incontestablement un petit nombre d'affaires matrimoniales dans lesquelles la publication de la preuve causerait aux parties (et à leurs enfants) un traumatisme émotionnel et psychologique tellement grave et une humiliation tellement grande qu'une interdiction de publication serait justifiée. Cependant, le par. 30(1) ne se restreint pas à ces cas. Il englobe toutes les instances matrimoniales en raison vraisemblablement de l'hypothèse qu'elles comportent toutes inévitablement ces conséquences. Cette hypothèse a pu être valide à une époque mais elle est tout à fait irréaliste aujourd'hui. Plusieurs allégations qui ont pu être extrêmement gênantes et pénibles à une époque constituent aujourd'hui un aspect routinier des instances matrimoniales auquel le public n'accorde que peu ou pas d'importance. Une loi qui tente d'imposer des restrictions à la liberté de la presse dans ce domaine devrait être conçue beaucoup plus soigneusement.

Le paragraphe 30(2) de la Loi porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* et ne peut être justifié en vertu de l'article premier.

Compte tenu de la conclusion concernant l'al. 2b) et l'article premier de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de traiter de la prétention de l'appelant que les par. 30(1) et (2) de la Loi violent l'art. 15 de la *Charte*.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka (dissidents en partie): La liberté d'expression et le principe de la publicité des débats judiciaires sont essentiels dans une société libre et démocratique. Cependant, comme d'autres droits et libertés garantis par la *Charte*, la liberté d'expression, qui comprend la liberté de la presse et des autres moyens de communication, est soumise aux limites imposées par la loi qui sont raison-

society. Here, s. 30(1), as modified by s. 30(3) of the Act, was justifiable under s. 1 of the *Charter*. First, the protection of the privacy of the parties (including their children and the witnesses) and the protection of the access to the courts are two objectives sufficiently important to warrant a reasonable limitation on publication of the details of matrimonial disputes. An individual involved in a matrimonial case is forced to reveal many aspects of his private life. While the divulging of such personal information by the mass media serves little or no public interest, it can do incalculable harm to that individual and his family. The unrestrained publicity of the details of familial activities would also discourage some people from seeking relief in matrimonial causes. It would be a great wrong if those in need of redress shrank from seeking it because their intimate affairs would needlessly become publicly known. Second, given the very limited character of the restriction as compared with the serious deleterious effects on the important values—right to privacy and access to the courts—sought to be protected by the legislation, s. 30(1) meets the test of proportionality. Section 30(1) is rationally connected to the objectives and imposes only minimal limits on the freedom of the press. The interference with the freedom is narrowly defined and carefully tailored to resolve a real and serious problem. Section 30(1) is limited to the details and particularities of the case in specific proceedings that deal with personal and family matters, often of a particularly private, and sometimes, of an intimate character. It does not prohibit reporting about the conduct of judges or counsel. The principle of open courts is respected: publication for those having a serious interest in court proceedings or family law is permitted under s. 30(3) of the Act, and all the general information about the nature of the case may be published by the mass media. Finally, a provision under which a judge would retain a discretionary power to prohibit publication in an appropriate case has been tried elsewhere and proven ineffective.

Section 30(2) of the Act infringes s. 2(b) of the *Charter* and is not justifiable under s. 1. Section 30(2) is simply too broad a restriction without adequate justification to afford a defence under s. 1.

Section 30 of the Act does not infringe s. 15 of the *Charter*. Section 15 is limited to individuals and does

nables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En l'espèce, le par. 30(1), tempéré par le par. 30(3) de la Loi, peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Premièrement, la protection de la vie privée des parties (y compris leurs enfants et les témoins) et la protection de l'accès aux tribunaux sont deux objectifs suffisamment importants pour justifier une restriction raisonnable à la publication des détails des affaires matrimoniales. Une personne visée dans une affaire matrimoniale est amenée à divulguer de nombreux détails de sa vie privée. Bien que la divulgation de ces renseignements personnels par les grands médias serve peu ou pas l'intérêt public, elle peut causer un tort incalculable à cette personne et à sa famille. La publication illimitée des détails relatifs à la vie familiale découragerait également certaines personnes de recourir aux tribunaux dans des affaires matrimoniales. Il serait très regrettable que ceux qui ont besoin de secours se privent d'exercer leur droit par crainte de voir leur vie privée inutilement étalée au grand jour. Deuxièmement, vu le caractère très limité de la restriction en regard des effets graves et dévastateurs que pourraient subir les valeurs importantes—droit à la vie privée et l'accès aux tribunaux—que les dispositions législatives cherchent à préserver, le par. 30(1) satisfait au critère de proportionnalité. Le paragraphe 30(1) a un lien rationnel avec les objectifs et n'impose que des limites minimales à la liberté de la presse. L'atteinte à la liberté est définie de façon restrictive et soigneusement conçue pour répondre à un problème réel et grave. Le paragraphe 30(1) se limite à des renseignements déterminés et spécifiques à l'affaire dans des procédures précises concernant des questions personnelles ou familiales, souvent de nature privée et même parfois de caractère intime. Il n'interdit pas de faire état des actes des juges et des avocats. Le principe de la publicité de la justice est sauf: la publication à l'intention de ceux qui ont un intérêt réel dans les procédures judiciaires ou le droit familial est autorisée en vertu du par. 30(3) de la Loi et les grands médias peuvent publier des informations générales sur la nature de l'affaire. Enfin, une disposition en vertu de laquelle un juge aurait un pouvoir discrétionnaire d'interdire la publication dans un cas approprié a déjà été utilisée ailleurs et s'est avérée inefficace.

Le paragraphe 30(2) de la Loi porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* et ne peut être justifié en vertu de l'article premier. Le paragraphe 30(2) constitue une restriction trop générale sans justification suffisante pour être maintenue en vertu de l'article premier.

L'article 30 de la Loi ne porte pas atteinte à l'art. 15 de la *Charte*. L'article 15 ne s'applique qu'aux personnes

not apply to corporations. Moreover, appellant faces serious problems of standing. Though it may have an interest in the matter, appellant is not directly affected. In any event, although s. 30 imposes a prohibition not found in other jurisdictions in Canada, and discriminates against print media and between newspapers in general circulation and professional journals, these distinctions do not fall within the ambit of s. 15.

Cases Cited

By Cory J.

Distinguished: *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; **referred to:** *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *R. v. Dymment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; Eur. Court H. R., *Sunday Times* case, judgment of 26 April 1979, Series A No. 30, rev'g [1974] A.C. 273 (H.L.); rev'g [1973] 1 All E.R. 815 (C.A.), rev'g [1973] Q.B. 710 (Div. Ct.)

By Wilson J.

Referred to: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980); *Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California*, 478 U.S. 1 (1986); *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Dymment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By La Forest J. (dissenting in part)

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Fraser v. Public Service Staff Relations*

physiques et ne s'applique pas aux personnes morales. De plus, il est loin d'être certain que l'appelant a qualité pour agir. Bien qu'il puisse avoir un intérêt dans la question, il n'est pas directement touché. Quoi qu'il en soit, même si l'art. 30 impose une interdiction qui n'existe pas dans d'autres provinces et territoires du Canada et crée une discrimination contre la presse écrite et entre les journaux de grande diffusion et la presse spécialisée, ces distinctions ne relèvent pas de la portée de l'art. 15.

b Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Distinction d'avec l'arrêt: *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; **arrêts mentionnés:** *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *R. c. Dymment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; Cour Eur. D. H., affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30, inf. [1974] A.C. 273 (H.L.), inf. [1973] 1 All E.R. 815 (C.A.), inf. [1973] Q.B. 710 (Div. Ct.)

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980); *Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California*, 478 U.S. 1 (1986); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Dymment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par le juge La Forest (dissident en partie)

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Fraser c. Commission des relations de*

Board, [1985] 2 S.C.R. 455; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Re Global Communications Ltd. and Attorney General of Canada* (1984), 5 D.L.R. (4th) 634; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (Div. Ct.), leave to appeal to Ont. C.A. refused September 2, 1986; *Parkdale Hotel Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 514; *Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. vii; *Nissho Corp. v. Bank of British Columbia* (1987), 39 D.L.R. (4th) 453; *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 8, 15.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 166.
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222 (1950), Arts. 8, 10(2).
Family Law Act 1975, S. Aust. 1975, No. 53, s. 121(1).
Family Proceedings Act 1980, S.N.Z. 1980, No. 94, s. 169(1), (2).
International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), Arts. 17, 19(3).
Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, ss. 30, 31.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Art. 12.

Authors Cited

Bentham, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence*, vol. 1. London: Hunt & Clarke, 1827.
 Bentham, Jeremy. *Treatise on Judicial Evidence*. London: J. W. Paget, 1825.
 Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768.
 Bloustein, Edward J. "Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser" (1964), 39 *N.Y.U. L. Rev.* 962.
 Canada. Statistics Canada. *Divorce: Law and the Family in Canada*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1983.

travail dans la Fonction publique, [1985] 2 R.C.S. 455; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Re Global Communications Ltd. and Attorney General of Canada* (1984), 5 D.L.R. (4th) 634; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (C. div.), autorisation d'appel à la C.A. Ont. refusée le 2 septembre 1986; *Parkdale Hotel Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 514; *Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. vii; *Nissho Corp. v. Bank of British Columbia* (1987), 39 D.L.R. (4th) 453; *Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 8, 15.
Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 166.
Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223 (1950), art. 8, 10(2).
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 12.
Family Law Act 1975, S. Aust. 1975, n° 53, art. 121(1).
Family Proceedings Act 1980, S.N.Z. 1980, n° 94, art. 169(1), (2).
Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 30, 31.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, A.G. Rés. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), art. 17, 19(3).

Doctrine citée

Bentham, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence*, vol. 1. London: Hunt & Clarke, 1827.
 Bentham, Jeremy. *Treatise on Judicial Evidence*. London: J. W. Paget, 1825.
 Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768.
 Bloustein, Edward J. «Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser» (1964), 39 *N.Y.U. L. Rev.* 962.
 Canada. Statistique Canada. *Divorce: La loi et la famille au Canada*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, Canada, 1983.

- Canada. Statistics Canada. *Marriages and Divorces: Vital Statistics 1985*, vol. II. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
- Canada. Statistics Canada. *Marrying and Divorcing: A Status Report for Canada*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1988.
- Cohen, Anne Elizabeth. "Access to Pretrial Documents Under the First Amendment" (1984), 84 *Colum. L. Rev.* 1813.
- Fried, Charles. "Privacy" (1968), 77 *Yale L. J.* 475.
- Gross, Hyman. "The Concept of Privacy" (1967), 42 *N.Y.U. L. Rev.* 34.
- Howland, W. G. C. *et al.* "Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1988" (1989), 23 *L. Soc. Gaz.* 4.
- Prosser, William. L. "Privacy" (1960), 48 *Calif. L. Rev.* 383.
- Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1988.
- Stoljar, Samuel. "A Re-examination of Privacy" (1984), 4 *Legal Studies* 67.
- United Kingdom. Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes. *Report of the Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes*. London: King's Printer, 1912.
- United Kingdom. Select Committee on the Matrimonial Causes. *Report and Special Report from the Select Committee on the Matrimonial Causes (Regulation of Reports) Bill*. London: King's Printer, 1923.
- Warren, Samuel D. and Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy" (1890), 4 *Harv. L. Rev.* 193.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1976.
- Canada. Statistique Canada. *Mariages et divorces: La statistique de l'état civil 1985*, vol. II. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986.
- Canada. Statistique Canada. *Le mariage et le divorce: Examen de la situation au Canada*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1988.
- Cohen, Anne Elizabeth. «Access to Pretrial Documents Under the First Amendment» (1984), 84 *Colum. L. Rev.* 1813.
- Fried, Charles. «Privacy» (1968), 77 *Yale L. J.* 475.
- Gross, Hyman. «The Concept of Privacy» (1967), 42 *N.Y.U. L. Rev.* 34.
- Howland, W. G. C. *et al.* «Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1988» (1989), 23 *L. Soc. Gaz.* 4.
- Prosser, William. L. «Privacy» (1960), 48 *Calif. L. Rev.* 383.
- Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1988.
- Stoljar, Samuel. «A Re-examination of Privacy» (1984), 4 *Legal Studies* 67.
- United Kingdom. Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes. *Report of the Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes*. London: King's Printer, 1912.
- United Kingdom. Select Committee on the Matrimonial Causes. *Report and Special Report from the Select Committee on the Matrimonial Causes (Regulation of Reports) Bill*. London: King's Printer, 1923.
- Warren, Samuel D. and Louis D. Brandeis, «The Right to Privacy» (1890), 4 *Harv. L. Rev.* 193.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1976.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 193, 78 A.R. 375, 41 D.L.R. (4th) 502, [1987] 5 W.W.R. 385, 34 C.R.R. 111, affirming a judgment of Foster J. (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 326, 63 A.R. 114, 22 D.L.R. (4th) 446, [1986] 1 W.W.R. 453, 23 C.R.R. 356. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. dissenting in part.

Allan Lefever and Fred Kozak, for the appellant.

Nolan D. Steed, for the respondent the Attorney General for Alberta.

David Lepofsky and Timothy Macklem, for the intervener.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 193, 78 A.R. 375, 41 D.L.R. (4th) 502, [1987] 5 W.W.R. 385, 34 C.R.R. 111, qui a confirmé une décision du juge Foster (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 326, 63 A.R. 114, 22 D.L.R. (4th) 446, [1986] 1 W.W.R. 453, 23 C.R.R. 356. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka sont dissidents en partie.

Allan Lefever et Fred Kozak, pour l'appelant.

Nolan D. Steed, pour l'intimé le procureur général de l'Alberta.

David Lepofsky et Timothy Macklem, pour l'intervenant.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—On this appeal the appellant has challenged the validity of s. 30 of the *Alberta Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, on the grounds that it contravenes s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the section does not constitute a reasonable limit upon that right so as to come within s. 1 of the *Charter*. The Attorney General for Alberta has conceded that the impugned section contravenes s. 2(b) of the *Charter* but contends that it constitutes a reasonable limit and thus comes within the scope of s. 1 of the *Charter*.

It may be convenient here to set out s. 30 and the enforcement provision of s. 31. Those sections provide:

30(1) No person shall within Alberta print or publish or cause or procure to be printed or published in relation to a judicial proceeding in a court of civil jurisdiction in Alberta for dissolution of marriage or nullity of marriage or for judicial separation or for restitution of conjugal rights or in relation to a marriage or an order, judgment or decree in respect of a marriage, any matter or detail the publication of which is prohibited by this section, or any other particulars except

- (a) the names, addresses and occupations of the parties and witnesses,
- (b) a concise statement of the charges, defenses and counter-charges in support of which evidence has been given,
- (c) submissions on a point of law arising in the course of the proceedings and the decision of the court thereon, and
- (d) the summing up of the judge and the finding of the jury, if any, and the judgment of the court and observations made by the judge in giving judgment.

(2) No person shall, before the trial of any proceedings had in a court of civil jurisdiction in Alberta or, if there is no trial, before the determination of the proceedings within Alberta, print or publish or cause to be printed or published anything contained in a statement of claim, statement of defence or other pleading, examination for discovery or in an affidavit or other document other than

- (a) the names and addresses of the parties and their solicitors, and
- (b) a concise statement of the nature of the claim or of the defence, as the case may be, in general words

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer et Cory rendu par

LE JUGE CORY—Dans ce pourvoi, l'appelant conteste la validité de l'art. 30 de la *Judicature Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, chap. J-1, parce qu'il contrevient à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et parce qu'il ne constitue pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Le procureur général de l'Alberta reconnaît que l'article contesté porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* mais prétend qu'il constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

Il convient de reproduire ici l'art. 30 ainsi que l'art. 31, la disposition d'application:

[TRADUCTION] 30(1) Il est interdit en Alberta d'imprimer ou de publier ou de faire imprimer ou publier des renseignements ou détails relatifs à une procédure judiciaire de nature civile prise dans la province concernant la dissolution de mariage, l'annulation de mariage, la séparation judiciaire ou la restitution de droits conjugaux, ou relatifs à un mariage, ou à une décision judiciaire s'y rapportant, ou tout détail autre que:

- a) les noms, adresses et occupations des parties ou des témoins;
- b) un exposé concis des accusations, défenses et contre-accusations à l'appui desquelles des témoignages ont été recueillis;
- c) les arguments sur un point de droit soulevé au cours de la procédure et la décision du tribunal à cet égard;
- d) les directives du juge, la décision du jury, le cas échéant, et le jugement du tribunal ainsi que les observations faites par le juge en rendant jugement.

(2) Il est interdit, avant l'audition d'une procédure de nature civile en Alberta ou, en l'absence d'audition, avant qu'une décision soit rendue, d'imprimer ou de publier ou de faire imprimer ou publier des renseignements contenus dans une déclaration, une défense ou autre acte de procédure, un interrogatoire préalable, un affidavit ou tout document autre que:

- a) les noms et adresses des parties et de leurs procureurs;
- b) un exposé concis de la nature de la demande ou de la défense en des termes généraux comme «il s'agit

such as, "the claim is for the price of goods sold and delivered", or "the claim is for damages for personal injuries caused by the negligent operation of an automobile", or as the case may be.

(3) Nothing in this section applies

(a) to the printing of a pleading, transcript of evidence or other document for use in connection with a judicial proceeding,

(b) to the communication of a pleading, transcript of evidence or other document for use in connection with a judicial proceeding to persons concerned in the proceeding,

(c) to the printing or publishing of a notice or report pursuant to an order or direction given by a court competent to so order or direct, or

(d) to the printing or publishing of a matter

(i) in a separate volume or part of a bona fide series of law reports that does not form part of another publication and that consists solely of reports of proceedings in courts of law, or

(ii) in a publication of a technical character bona fide intended for circulation among members of the legal or medical professions.

31(1) A person who contravenes section 30 is guilty of an offence and, in respect of each offence, liable

(a) if a natural person to a fine of not more than \$1000 and in default of payment to imprisonment for a term of not more than one year, and

(b) if a corporation to a fine of not more than \$5000.

(2) When the offence consists in the printing and publication of a matter, detail or thing in a newspaper, circular or other publication printed and published in Alberta, the proprietor of the newspaper, the editor of the newspaper and the publisher are each guilty of the offence.

(3) When the offence consists of the publication in Alberta of a matter or thing contained in a newspaper, circular or other publication that is printed outside Alberta and that continually or repeatedly publishes writings or articles that are obscene, immoral or otherwise injurious to public morals, every person within Alberta is guilty of an offence who

(a) receives that newspaper, circular or other publication, and

(b) is engaged in the public distribution of it or does an act or thing for the purpose of the public distribution of it.

(4) In a prosecution with respect to an offence under subsection (3), the fact that the accused was in possession

d'une action en réclamation du prix de marchandises vendues et livrées» ou «il s'agit d'une action en dommages-intérêts pour lésions corporelles résultant de la conduite négligente d'une automobile».

a (3) Le présent article ne s'applique pas:

a) à l'impression des actes de procédure, des transcriptions de preuve ou de tout autre document destiné à être utilisé dans une procédure judiciaire;

b) à la transmission des actes de procédure, des transcriptions de preuve ou de tout autre document destiné à être utilisé par les personnes concernées dans une procédure judiciaire;

c) à l'impression ou à la publication d'un avis ou d'un rapport en application d'une décision d'un tribunal compétent;

d) à l'impression ou à la publication d'une décision

i) soit dans un volume ou une partie d'une série authentique de rapports judiciaires qui n'appartient à aucune autre publication et consiste exclusivement en rapports de procédures devant les tribunaux,

ii) soit dans une publication d'un caractère technique authentiquement destinée à circuler parmi les gens de loi ou les médecins.

e 31(1) Quiconque contrevient à l'article 30 est coupable d'une infraction et passible, pour chaque infraction:

a) d'une amende maximale de 1 000 \$ et, à défaut de paiement, un emprisonnement maximal d'un an dans le cas d'un individu;

f b) d'une amende maximale de 5 000 \$ dans le cas d'une personne morale.

(2) Si l'infraction consiste à avoir imprimé et publié un renseignement, un détail ou une chose dans un journal, une circulaire ou toute autre publication imprimée et publiée en Alberta, le propriétaire et le rédacteur du journal ainsi que l'éditeur sont coupables de l'infraction.

(3) Si l'infraction consiste à avoir publié en Alberta un renseignement contenu dans un journal, une circulaire ou toute autre publication qui est imprimée à l'extérieur de la province et qui publie de façon continue ou répétée des écrits obscènes, immoraux ou qui portent atteinte à la moralité publique, est coupable d'une infraction en Alberta toute personne qui:

i a) reçoit le journal, la circulaire ou autre publication, et

b) en effectue la distribution publique ou y participe.

j (4) Dans les poursuites pour infraction au paragraphe (3), le fait que le prévenu soit en possession de plus de

1989 CanLII 20 (SCC)

sion of more than 6 copies of a newspaper, circular or other publication referred to in subsection (3) is prima facie proof that the accused was engaged in the public distribution of it.

(5) No prosecution for an offence under subsection (3) may be commenced by any person without the consent of the Attorney General.

The issues raised require consideration of ss. 1 and 2(b) of the *Charter*. These sections provide:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

Importance of s. 2(b) of the *Charter* and the Reporting of Court Proceedings

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized. No doubt that was the reason why the framers of the *Charter* set forth s. 2(b) in absolute terms which distinguishes it, for example, from s. 8 of the *Charter* which guarantees the qualified right to be secure from unreasonable search. It seems that the rights enshrined in s. 2(b) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.

The vital and fundamental importance of freedom of expression has been recognized in decisions of this Court. In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, McIntyre J., speaking for the majority, put the position in this way at p. 583:

six copies du journal ou autre publication constitue une preuve prima facie qu'il en faisait la distribution publique.

a (5) Une poursuite pour infraction au paragraphe (3) ne peut être intentée sans le consentement du procureur général.

b Les questions soulevées exigent l'examen de l'article premier et de l'al. 2b) de la *Charte*. Ces dispositions prévoient:

c 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

d b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

e L'importance de l'al. 2b) de la *Charte* et le compte rendu des procédures judiciaires

f Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion. C'est sans aucun doute la raison pour laquelle les auteurs de la *Charte* ont rédigé l'al. 2b) en termes absolus, ce qui le distingue, par exemple, de l'art. 8 de la *Charte* qui garantit le droit plus relatif à la protection contre les fouilles et perquisitions abusives. Il semblerait alors que les libertés consacrées par l'al. 2b) de la *Charte* ne devraient être restreintes que dans les cas les plus clairs.

i Notre Cour a déjà reconnu l'importance primordiale et fondamentale de la liberté d'expression. Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge McIntyre, au nom de la majorité, a énoncé le principe de la façon suivante, aux pp. 583 et 584:

Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection.

The importance of freedom of expression has been recognized since early times: see John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), and as well John Stuart Mill, "On Liberty" in *On Liberty and Considerations on Representative Government* (Oxford 1946), at p. 14:

If all mankind minus one were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.

And, after stating that "All silencing of discussion is an assumption of infallibility, he said, at p. 16:

Yet it is as evident in itself, as any amount of argument can make it, that ages are no more infallible than individuals; every age having held many opinions which subsequent ages have deemed not only false but absurd; and it is as certain that many opinions now general will be rejected by future ages, as it is that many, once general, are rejected by the present.

Nothing in the vast literature on this subject reduces the importance of Mill's words. The principle of freedom of speech and expression has been firmly accepted as a necessary feature of modern democracy.

There can be no doubt that the courts play an important role in any democratic society. They are the forum not only for the resolution of disputes between citizens, but for the resolution of disputes between the citizens and the state in all its manifestations. The more complex society becomes, the more important becomes the function of the courts. As a result of their significance, the courts must be open to public scrutiny and to public criticism of their operation by the public.

La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.

La reconnaissance de l'importance de la liberté d'expression ne date pas d'hier: voir John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), et John Stuart Mill, «On Liberty» dans *On Liberty and considerations on Representative Government* (Oxford 1946), à la p. 14:

[TRADUCTION] Si tous les hommes sauf un étaient du même avis et qu'une seule personne fût d'avis contraire, il ne serait pas justifié que l'ensemble des hommes bâillonnent ce seul individu, pas plus qu'il ne serait justifié que ce dernier, s'il en avait le pouvoir, bâillonne tous les autres hommes.

Puis, après avoir dit que [TRADUCTION] «Tout acte ayant pour effet de supprimer la discussion suppose l'infailibilité de son auteur», il a ajouté à la p. 16:

[TRADUCTION] Il est toutefois évident d'une évidence qui se passe de démonstration qu'une époque n'est pas plus infallible que des individus, car chaque époque a été caractérisée par un grand nombre d'opinions qui, à des époques subséquentes, ont été considérées non seulement comme fausses mais comme absurdes; et il est tout autant certain que beaucoup d'opinions maintenant généralement acceptées seront un jour rejetées de la même manière que le sont à présent un bon nombre d'opinions jadis courantes.

L'importance des propos de Mill n'est nullement diminuée par l'abondante documentation qui traite de ce sujet. Le principe de la liberté de parole et d'expression a été accepté sans réserve comme une caractéristique nécessaire de la démocratie moderne.

Il est certain que les tribunaux jouent un rôle important dans toute société démocratique. C'est là que sont résolus non seulement les litiges qui opposent les citoyens entre eux, mais aussi les litiges qui opposent les citoyens à l'État dans toutes ses manifestations. Plus la société devient complexe, plus le rôle des tribunaux devient important. En raison de cette importance, il faut que le public puisse faire l'examen critique des tribunaux et de leur fonctionnement.

The importance of the concept that justice be done openly has been known to our law for centuries. In Blackstone's *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, c. 23, at p. 373, the following observation appears:

This open examination of witnesses *viva voce*, in the presence of all mankind, is much more conducive to the clearing up of truth, than the private and secret examination taken down in writing before an officer, or his clerk . . .

This principle has been recognized by the United States Supreme Court in *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979). Stewart J., writing for the majority, said this (at p. 386, n. 15):

As early as 1685, Sir John Hawles commented that open proceedings were necessary so "that truth may be discovered in civil as well as criminal matters". [Emphasis in original.]

In the United States this principle is not restricted to hearings. The principle embraces the recognition of the existence of a common law right "to inspect and copy public records and documents, including judicial records and documents". See *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), at p. 597.

In Canada this Court has emphasized the importance of the public scrutiny of the courts. It was put in this way by Dickson J., as he then was, writing for the majority in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 185:

Many times it has been urged that the 'rivacy' of litigants requires that the public be excluded from court proceedings. It is now well established, however, that covertness is the exception and openness the rule. Public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice are thereby fostered. As a general rule the sensibilities of the individuals involved are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings. The following comments of Laurence J. in *R. v. Wright*, 8 T.R. 293, are apposite and were cited with approval by Duff J. in *Gazette Printing Co. v. Shallow* (1909), 41 S.C.R. 339 at p. 359:

Notre droit reconnaît depuis des siècles l'importance du principe que la justice doit être rendue publiquement. On trouve l'observation suivante dans l'ouvrage de Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, chap. 23, à la p. 373:

[TRADUCTION] Cet interrogatoire des témoins, mené publiquement, de vive voix, en présence de tous, est plus propice à la découverte de la vérité que l'interrogatoire privé et secret consigné par écrit devant un officier de justice ou son préposé . . .

La Cour suprême des États-Unis a reconnu ce principe dans l'arrêt *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979). Le juge Stewart, s'exprimant au nom de la majorité, a écrit (à la p. 386, n. 15):

[TRADUCTION] En 1685 déjà, sir John Hawles faisait remarquer que la publicité des procédures était nécessaire pour «que la vérité soit connue tant en matière civile qu'en matière criminelle». [En italique dans l'original.]

Aux États-Unis, ce principe ne se limite pas aux audiences. Le principe englobe la reconnaissance d'un droit en *common law* [TRADUCTION] «d'examiner et de reproduire les dossiers et documents publics, y compris les dossiers et documents judiciaires». Voir l'arrêt *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), à la p. 597.

Au Canada, notre Cour a souligné qu'il était important que le public puisse examiner le travail des tribunaux. C'est ainsi que le juge Dickson, maintenant juge en chef, s'est exprimé au nom de la majorité dans l'arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la p. 185:

On a maintes fois soutenu que le droit des parties au litige de jouir de leur vie privée exige des audiences à huis clos. Il est aujourd'hui bien établi cependant que le secret est l'exception et que la publicité est la règle. Cela encourage la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice. En règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu'on exclue le public des procédures judiciaires. Les remarques suivantes du juge Laurence dans *R. v. Wright*, 8 T.R. 293 sont pertinentes et le juge Duff les cite et confirme dans l'arrêt *Gazette Printing Co. c. Shallow* (1909), 41 R.C.S. 339, à la p. 359:

1989 CanLII 20 (SCC)

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

La Chaussure Brown's Inc. *Respondent*

and

Valerie Ford *Respondent*

and

McKenna Inc. *Respondent*

and

Nettoyeur et Tailleur Masson Inc.
Respondent

and

La Compagnie de Fromage Nationale Ltée
Respondent

and

**The Attorney General of Canada,
the Attorney General for Ontario and
the Attorney General for New Brunswick**
Intervenors

INDEXED AS: FORD v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20306.

1987: November 16, 17, 18; 1988: December 15.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre,
Lamer, Wilson and Le Dain* JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Exception where express declaration — Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only — Whether provincial legislation protected from the application of s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by a valid and subsisting override provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 33 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69, 214 — An Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, s. 52 — An Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 7.

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

La Chaussure Brown's Inc. *Intimée*

a

et

Valerie Ford *Intimée*

et

b

McKenna Inc. *Intimée*

et

Nettoyeur et Tailleur Masson Inc. *Intimée*

c

et

La Compagnie de Fromage Nationale Ltée
Intimée

d

et

**Le procureur général du Canada,
le procureur général de l'Ontario et
le procureur général du Nouveau-Brunswick**
Intervenants

e

RÉPERTORIÉ: FORD c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

f N° du greffe: 20306.

1987: 16, 17, 18 novembre; 1988: 15 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,
Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain*.

g

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Dérogation par déclaration expresse — Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement — La loi provinciale est-elle soustraite à l'application de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés par une disposition dérogatoire valide et en vigueur? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69, 214 — Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 52 — Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 7.

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

Constitutional law — Charter of Rights — Override provision — Provincial legislation adding standard override provision to all provincial statutes enacted before June 23, 1982 — Standard override provision given retrospective effect — Whether standard override provisions enacted by provincial legislation valid — Whether provincial legislation consistent with s. 33 of the Canadian Charter — Whether all the provisions in s. 2 and ss. 7 to 15 of the Canadian Charter could be validly overridden by a single enactment — Whether override provision may have a retrospective effect — An Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 2, 7 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, s. 214 — An Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, s. 52.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only — Whether freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms includes the freedom to express oneself in the language of one's choice — Whether the guarantee of freedom of expression extends to commercial expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 1 of the Canadian Charter — Whether a denial or negation of a guaranteed right or freedom could be a limit within s. 1 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69.

Statutes — Application — Provincial human rights legislation — Dates from which s. 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms took precedence over the provisions of the other provincial statutes — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 52 — An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1982, c. 61, ss. 16, 34 — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69 — An Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, s. 12.

Civil rights — Provincial human rights legislation — Freedom of expression — Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only — Whether freedom of expression guaranteed by s. 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms includes the freedom to express oneself in the language of one's choice — Whether the guarantee of freedom of expression extends to commercial expression — Whether provin-

Droit constitutionnel — Charte des droits — Disposition dérogatoire — Loi provinciale ajoutant une disposition dérogatoire type à toutes les lois provinciales adoptées avant le 23 juin 1982 — Disposition dérogatoire type ayant effet rétroactif — Les dispositions dérogatoires types édictées par la loi provinciale sont-elles valides? — La loi provinciale est-elle compatible avec l'art. 33 de la Charte canadienne? — Peut-il être dérogé à toutes les dispositions de l'art. 2 et des art. 7 à 15 de la Charte canadienne par un seul texte législatif? — La disposition dérogatoire peut-elle avoir un effet rétroactif? — Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 2, 7 — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 214 — Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 52.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement — La liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix? — La garantie de liberté d'expression s'étend-elle à l'expression commerciale? — La loi provinciale viole-t-elle la garantie de liberté d'expression? — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte canadienne? — Le déni ou la négation d'un droit ou d'une liberté garantis peuvent-ils constituer une restriction aux fins de l'article premier? — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69.

Législation — Application — Loi provinciale sur les droits de la personne — Dates à partir desquelles l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec avait préséance sur les dispositions des autres lois provinciales — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 52 — Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1982, chap. 61, art. 16, 34 — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69 — Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 12.

Libertés publiques — Loi provinciale sur les droits de la personne — Liberté d'expression — Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement — La liberté d'expression garantie par l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec comprend-elle la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix? — La garantie de liberté d'expression s'étend-elle à l'expression commerciale? — La loi pro-

cial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 9.1 of the Quebec Charter — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69.

Civil rights — Discrimination based on language — Provincial legislation requiring that public signs, commercial advertising and firm name should be in French only — Whether provincial legislation infringes the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms — Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 58, 69.

In February 1984, the respondents sought a declaration from the Superior Court that ss. 58 and 69, and ss. 205 and 208 to the extent they applied thereto, of the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, were inoperative and of no force of effect. Section 58 requires that "Public signs and posters and commercial advertising shall be solely in" French and s. 69 that "... only the French version of a firm name may be used in Québec". Sections 205 to 208 deal with the offences, penalties and other sanctions for a contravention of any of the provisions of the *Charter of the French Language*. The Superior Court allowed the motion in part and declared s. 58 to be inoperative. The Attorney General of Quebec appealed and respondents entered an incidental appeal against the failure of the Superior Court to declare ss. 69 and 205 to 208 inoperative. The Court of Appeal dismissed the appeal and allowed the incidental appeal. This appeal is to determine (1) whether ss. 58 and 69 infringe the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 3 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12; and (2) whether ss. 58 and 69 infringe the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the *Quebec Charter*.

Held: The appeal should be dismissed. Sections 58 and 69 of the *Charter of the French Language*, and ss. 205 to 208 thereof to the extent they apply to ss. 58 and 69, infringe s. 3 of the *Quebec Charter* and are not justified under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. Section 69, and ss. 205 to 208 to the extent they apply to s. 69, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter* and are not justified by s. 1 of the *Canadian Charter*. Sections 58 and 69 infringe s. 10 of the *Quebec Charter*.

(a) *Application of Canadian Charter*

Section 58 of the *Charter of the French Language*, replaced by s. 12 of *An Act to amend the Charter of the*

vinciale viole-t-elle la garantie de liberté d'expression? — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise? — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69.

Libertés publiques — Discrimination fondée sur la langue — Loi provinciale exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement — La loi provinciale viole-t-elle la garantie contre la discrimination fondée sur la langue reconnue à l'art. 10 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec? — Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 58, 69.

En février 1984, les intimées ont demandé en Cour supérieure un jugement déclarant que les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., chap. C-11, ainsi que ses art. 205 et 208, dans la mesure où ils s'appliquent aux art. 58 et 69, sont inopérants et sans effet. Aux termes de l'art. 58, «L'affichage public et la publicité commerciale se font uniquement» en français et l'art. 69 dispose que «... seule la raison sociale en langue française peut être utilisée au Québec». Les articles 205 à 208 portent sur les infractions, les peines et les autres sanctions qu'entraîne une contravention aux dispositions de la *Charte de la langue française*. La Cour supérieure a accueilli la requête en partie et a déclaré l'art. 58 inopérant. Le procureur général du Québec a interjeté appel et les intimées ont formé un appel incident fondé sur le fait que la Cour supérieure n'avait pas déclaré inopérants les art. 69 et 205 à 208. La Cour d'appel a rejeté l'appel et a accueilli l'appel incident. Le pourvoi vise à déterminer (1) si les art. 58 et 69 portent atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., chap. C-12; et (2) si les art. 58 et 69 violent la garantie contre la discrimination fondée sur la langue, énoncée à l'art. 10 de la *Charte québécoise*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. Les articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française* et ses art. 205 à 208, dans la mesure où ils s'appliquent aux art. 58 et 69, enfreignent l'art. 3 de la *Charte québécoise* et ne sont pas justifiés par l'art. 9.1 de celle-ci. L'article 69 et les art. 205 à 208, dans la mesure où ils s'appliquent à l'art. 69, enfreignent l'al. 2b) de la *Charte canadienne* et ne sont pas justifiés par l'article premier de celle-ci. Les articles 58 et 69 contreviennent à l'art. 10 de la *Charte québécoise*.

a) *Application de la Charte canadienne*

L'article 58 de la *Charte de la langue française*, remplacé par l'art. 12 de la *Loi modifiant la Charte de*

French Language, S.Q. 1983, c. 56, is protected from the application of s. 2(b) of the Canadian Charter by s. 52 of the amending Act — proclaimed in force on February 1, 1984. Section 52 is a valid and subsisting override provision enacted pursuant to s. 33 of the Canadian Charter. The essential requirement of form laid down by s. 33 is that there must be an express declaration that an Act or a provision of an Act shall operate notwithstanding a provision included in s. 2 or ss. 7 to 15 of the Canadian Charter. A section 33 declaration is sufficiently express if it refers to the number of the section, subsection or paragraph of the Charter which contains the provision or provisions to be overridden. Of course, if a legislature intends to override only a part of a provision contained in a section then there would have to be a sufficient reference in words to the part to be overridden. Section 69 of the Charter of the French Language is not protected from the application of s. 2(b) since it was not affected by *An Act to amend the Charter of the French Language*.

Section 214 of the Charter of the French Language no longer protects s. 69 from the application of s. 2(b) of the Canadian Charter. Pursuant to s. 33(3) of the Canadian Charter, s. 214, enacted by s. 1 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21, ceased to have effect on June 23, 1987, five years after the enacting Act came into force.

Section 1 of *An Act respecting the Constitution Act, 1982*, which re-enacted all of the Quebec statutes adopted before April 17, 1982 — the date the Canadian Charter came into force — with the addition in each of the standard override provision, was an effective exercise of legislative authority that did not prevent the override declaration so enacted in each statute from being an express declaration within the meaning of s. 33 of the Canadian Charter. However, in providing that s. 1 should have effect from April 17, 1982, s. 7 of the Act gave retrospective effect to the override provision. This is contrary to s. 33 of the Canadian Charter which permits prospective derogation only. Section 7 is therefore to the extent of this inconsistency with s. 33 of the Canadian Charter, of no force or effect, with the result that the standard override provisions enacted by s. 1 of that Act came into force on June 23, 1982 in accordance with the first paragraph of s. 7.

(b) *Application of Quebec Charter*

Sections 58 and 69 of the Charter of the French Language are both subject to s. 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms. By operation of s. 52

la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, est soustrait à l'application de l'al. 2b) de la Charte canadienne en raison de l'art. 52 de la loi modificatrice, proclamée en vigueur le 1^{er} février 1984. L'article 52 est une disposition dérogatoire valide et en vigueur adoptée conformément à l'art. 33 de la Charte canadienne. La principale condition de forme imposée par l'art. 33 est que la déclaration dérogatoire indique expressément qu'une loi ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'art. 2 ou des art. 7 à 15 de la Charte canadienne. Une déclaration faite en vertu de l'art. 33 est suffisamment explicite si elle mentionne le numéro de l'article, du paragraphe ou de l'alinéa de la Charte qui contient la disposition ou les dispositions auxquelles on entend déroger. Bien entendu, si le législateur entend ne déroger qu'à une partie d'une disposition d'un article, il faudra que des mots indiquent clairement ce qui fait l'objet de la dérogation. L'article 69 de la Charte de la langue française n'est pas soustrait à l'application de l'al. 2b) parce qu'il n'est pas touché par la Loi modifiant la Charte de la langue française.

L'article 214 de la Charte de la langue française ne soustrait plus l'art. 69 à l'application de l'al. 2b) de la Charte canadienne. Suivant le par. 33(3) de la Charte canadienne, l'art. 214, adopté par l'art. 1 de la Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987, soit cinq ans après la date d'entrée en vigueur de la loi qui l'a édicté.

L'article 1 de la Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, qui adopte de nouveau, en y ajoutant la disposition dérogatoire type, toutes les lois québécoises adoptées avant le 17 avril 1982, date d'entrée en vigueur de la Charte canadienne, constitue un exercice valable du pouvoir législatif et n'empêche pas la déclaration dérogatoire ainsi introduite dans chaque loi d'être une déclaration expresse au sens de l'art. 33 de la Charte canadienne. Toutefois, en prévoyant que l'art. 1 s'appliquait à partir du 17 avril 1982, l'art. 7 de la Loi donnait un effet rétroactif à la disposition dérogatoire. Cela va à l'encontre de l'art. 33 de la Charte canadienne qui autorise seulement des dérogations pour l'avenir. L'article 7 est donc inopérant dans la mesure de cette incompatibilité avec l'art. 33 de la Charte canadienne, ce qui a pour conséquence que les dispositions dérogatoires types adoptées par l'art. 1 de ladite loi sont entrées en vigueur le 23 juin 1982 conformément avec la première phrase de l'art. 7.

b) *Application de la Charte québécoise*

Les articles 58 et 69 de la Charte de la langue française sont tous les deux assujettis à l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec.

of the Quebec *Charter*, as amended by s. 16 of *An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1982, c. 61, and of s. 34 of the amending Act, respecting the coming into force of s. 16 by proclamation, s. 3 of the Quebec *Charter* took precedence from October 1, 1983, the date the amending Act came into force by proclamation, over "Acts subsequent to that date" and from January 1, 1986 over "Acts preceding" October 1, 1983. The word "subsequent" in s. 34 refers to an enactment that is subsequent in time to October 1, 1983, regardless of its effect on existing legislation. As a result, s. 3 of the Quebec *Charter* was applicable to s. 58 of the *Charter of the French Language* from February 1, 1984 — the date s. 58, as amended by s. 12 of *An Act to amend the Charter of the French Language*, S.Q. 1983, c. 56, was proclaimed in force — and was applicable to s. 69 of the *Charter of the French Language* not later than January 1, 1986.

(c) Freedom of Expression

The "freedom of expression" guaranteed by s. 2(b) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter* includes the freedom to express oneself in the language of one's choice. Language is so intimately related to the form and content of expression that there cannot be true freedom of expression by means of language if one is prohibited from using the language of one's choice. Language is not merely a means or medium of expression; it colours the content and meaning of expression. It is a means by which a people may express its cultural identity. It is also the means by which one expresses one's personal identity and sense of individuality. The recognition that "freedom of expression" includes the freedom to express oneself in the language of one's choice does not undermine or run counter to the express or specific guarantees of language rights in s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and ss. 16 to 23 of the Canadian *Charter*.

The expression contemplated by ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* — conveniently characterized as "commercial expression" — is expression within the meaning of both s. 2(b) of the Canadian *Charter* and s. 3 of the Quebec *Charter*. Commercial expression, like political expression, is one of the forms of expression that is deserving of constitutional protection because it serves individual and societal values in a free and democratic society. Indeed, over and above its intrinsic value as expression, commercial expression, which protects listeners as well as speakers, plays a significant role in enabling individuals to make informed economic choices, an important aspect of individual

Par l'effet de l'art. 52 de la *Charte* québécoise, tel que modifié par l'art. 16 de la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, chap. 61, et par l'effet de l'art. 34 de la loi modificatrice, qui prévoit l'entrée en vigueur de l'art. 16 par proclamation, l'art. 3 de la *Charte* québécoise avait, à partir du 1^{er} octobre 1983, date où la loi modificatrice est entrée en vigueur par proclamation, préséance sur «les lois postérieures à cette date» et, à partir du 1^{er} janvier 1986, sur «les lois antérieures» au 1^{er} octobre 1983. L'expression «loi postérieure», à l'art. 34 désigne un texte législatif adopté après le 1^{er} octobre 1983, indépendamment de son effet sur les lois déjà en vigueur à ce moment-là. Par conséquent, l'art. 3 de la *Charte* québécoise s'appliquait à l'art. 58 de la *Charte de la langue française* dès le 1^{er} février 1984, c'est-à-dire la date à laquelle l'art. 58, modifié par l'art. 12 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1983, chap. 56, a été proclamé en vigueur, et s'appliquait à l'art. 69 de la *Charte de la langue française* au plus tard le 1^{er} janvier 1986.

c) Liberté d'expression

La «liberté d'expression» garantie par l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et par l'art. 3 de la *Charte* québécoise comprend la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix. La langue est si intimement liée à la forme et au contenu de l'expression qu'il ne peut y avoir de véritable liberté d'expression linguistique s'il est interdit de se servir de la langue de son choix. Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression. C'est pour un peuple un moyen d'exprimer son identité culturelle. C'est aussi le moyen par lequel on exprime son identité personnelle et son individualité. Reconnaître que la «liberté d'expression» englobe la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix ne compromet ni ne contredit les garanties expresses ou précises de droits linguistiques énoncées à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et aux art. 16 à 23 de la *Charte* canadienne.

L'expression envisagée aux art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* — appelée par souci de commodité «expression commerciale» — est une expression au sens de l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et de l'art. 3 de la *Charte* québécoise. L'expression commerciale, comme l'expression politique, est un des modes d'expression qui méritent une protection constitutionnelle parce qu'ils servent à promouvoir certaines valeurs individuelles et collectives dans une société libre et démocratique. Au-delà de sa valeur intrinsèque en tant que mode d'expression, l'expression commerciale, qui protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute, joue un rôle considérable en permettant aux individus de faire des choix

self-fulfillment and personal autonomy. This leads to the conclusion that s. 58 infringes the freedom of expression guaranteed by s. 3 of the Quebec Charter and s. 69 infringes the guaranteed freedom of expression under both s. 2(b) of the Canadian Charter and s. 3 of the Quebec Charter.

(d) *Reasonable Limits*

The material adduced in this Court did not justify the limit imposed on freedom of expression by ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language*. The material established the importance of the legislative purpose reflected in the *Charter of the French Language* — the enhancement of the status of the French language in Quebec — and that it was a response to a pressing and substantial concern — the survival of the French language. The threat to the French language demonstrated to the government that it should, in particular, take steps to assure that the “*visage linguistique*” of Quebec would reflect the predominance of the French language. While the material indicated a rational connection between protecting the French language and assuring that the reality of Quebec society is communicated through the “*visage linguistique*”, it did not demonstrate that the requirement of the use of French only in ss. 58 and 69 is either necessary for the achievement of the legislative purpose or proportionate to it. Whereas requiring the predominant display of the French language, even its marked predominance, would be proportional to the goal of promoting and maintaining a French “*visage linguistique*” in Quebec and therefore justified under s. 9.1 of the Quebec Charter and s. 1 of the Canadian Charter, requiring the exclusive use of French has not been so justified. French could be required in addition to any other language or it could be required to have greater visibility than that accorded to other languages. Accordingly, the limit imposed on freedom of expression by s. 58 of the *Charter of the French Language* is not justified under s. 9.1 of the Quebec Charter, and the limit imposed on freedom of expression by s. 69 of the *Charter of the French Language* is not justified under either s. 1 of the Canadian Charter or s. 9.1 of the Quebec Charter. Section 9.1 is a justificatory provision corresponding to s. 1 of the Canadian Charter subject, in its application, to a similar test of rational connection and proportionality.

(e) *Discrimination Based on Language*

Under section 10 of the Quebec Charter, a “distinction, exclusion or preference” based on one of the grounds listed in s. 10 is discriminatory when it “has the

économiques éclairés, ce qui représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle. Cela mène à la conclusion que l'art. 58 porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'art. 3 de la *Charte* québécoise et que l'art. 69 porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et par l'art. 3 de la *Charte* québécoise.

d) *Limites raisonnables*

Les documents produits devant la Cour ne justifient pas la restriction imposée à la liberté d'expression par les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française*. Ces documents établissent que la *Charte de la langue française* vise un objectif législatif important — l'amélioration de la situation de la langue française au Québec — et qu'elle est destinée à répondre à un besoin réel et urgent — la survie de la langue française. La menace pesant sur la langue française a convaincu le gouvernement qu'il devait notamment prendre des mesures pour que le «visage linguistique» du Québec reflète la prédominance du français. Quoique les documents montrent le lien rationnel qui existe entre le fait de protéger la langue française et le fait d'assurer que la réalité de la société québécoise se reflète dans le «visage linguistique», ils ne démontrent pas que l'exigence de l'usage exclusif du français posée par les art. 58 et 69 est nécessaire pour atteindre l'objectif législatif ni qu'elle est proportionnée à cet objectif. Alors qu'exiger que la langue française prédomine, même nettement, dans l'affichage serait proportionnel à l'objectif de promotion et de préservation d'un «visage linguistique» français au Québec, et serait donc justifié en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise et de l'article premier de la *Charte* canadienne, l'obligation d'employer exclusivement le français n'a pas été justifiée. On pourrait exiger que le français accompagne toute autre langue ou l'on pourrait exiger qu'il soit plus en évidence qu'une autre langue. Par conséquent la restriction imposée à la liberté d'expression par l'art. 58 de la *Charte de la langue française* n'est pas justifiée en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise, et la restriction imposée à la liberté d'expression par l'art. 69 de la *Charte de la langue française* n'est justifiée ni en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne ni en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. L'article 9.1 est une disposition justificative correspondant à l'article premier de la *Charte* canadienne, son application étant également soumise au critère de la proportionnalité et du lien rationnel.

e) *Discrimination fondée sur la langue*

Suivant l'art. 10 de la *Charte* québécoise, une «distinction, exclusion ou préférence» fondée sur l'un des motifs énumérés au même article est discriminatoire lorsqu'elle

effect of nullifying or impairing" the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom. Although s. 58 of the *Charter of the French Language* applies to everyone, the requirement of the exclusive use of French, regardless of their language of use, has the effect of impinging differentially on different classes of persons according to their language of use. Francophones are permitted to express themselves in their language of use while anglophones and other non-francophones are prohibited from doing so. Because of its differential effect or impact on persons according to their language of use, s. 58 creates a distinction based on language within the meaning of s. 10. The human right or freedom in issue here is the freedom to express oneself in the language of one's choice. The distinction based on language of use created by s. 58 has the effect of nullifying the right to full and equal recognition and exercise of this freedom. Section 58 is therefore of no force or effect as infringing s. 10 of the *Quebec Charter*. The same conclusion applies to s. 69 of the *Charter of the French Language*.

Cases Cited

Applied: *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; **overturned:** *Alliance des professeurs de Montréal v. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376, rev'g [1985] C.S. 1272; **distinguished:** *23 Inhabitants of Alsemberg and Beersel v. Belgium* (1963), 6 Yearbook of the European Convention on Human Rights 332; *Inhabitants of Leeuw-St. Pierre v. Belgium* (1965), 8 Yearbook of the European Convention on Human Rights 338; *X. v. Belgium* (1965), 8 Yearbook of the European Convention on Human Rights 282; *X. v. Ireland* (1970), 13 Yearbook of the European Convention on Human Rights 792; *Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium"* (1968), 11 Yearbook of the European Convention on Human Rights 832; **considered:** *Re Grier and Alberta Optometric Association* (1987), 42 D.L.R. (4th) 327; *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942); *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, 425 U.S. 748 (1976); *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 106 S.Ct. 2968 (1986); **not followed:** *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489; **referred to:** *Devine v. Procureur général du Québec*, [1982] C.S. 355, aff'd [1987] R.J.Q. 50, rev'd in part [1988] 2 S.C.R. 790; *Irwin Toy Ltd. v. Procureur général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2441; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721;

«a pour effet de détruire ou de compromettre» le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, d'un droit ou d'une liberté de la personne. Quoique l'art. 58 de la *Charte de la langue française* s'applique à tous, l'exigence de l'usage exclusif du français, indépendamment de la langue usuelle, produit des effets différents sur différentes catégories de personnes selon leur langue usuelle. Il est permis aux francophones de se servir de leur langue usuelle, alors que cela est interdit aux anglophones et aux autres non francophones. Du fait qu'il touche et affecte différemment les personnes suivant leur langue usuelle, l'art. 58 crée une distinction fondée sur la langue au sens de l'art. 10. Le droit ou la liberté de la personne en cause est la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix. La distinction fondée sur la langue usuelle créée par l'art. 58 a pour effet de détruire le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, de cette liberté. Il s'ensuit que l'art. 58 est inopérant parce qu'il contrevient à l'art. 10 de la *Charte québécoise*. La même conclusion s'impose à l'égard de l'art. 69 de la *Charte de la langue française*.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; **arrêt écarté:** *Alliance des professeurs de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376, inf. [1985] C.S. 1272; **distinction d'avec les arrêts:** *Vingt-trois habitants d'Alsemberg et de Beersel c. Belgique* (1963), 6 Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 333; *Habitants de Leeuw-St. Pierre c. Belgique* (1965), 8 Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 339; *X. c. Belgique* (1965), 8 Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 283; *X. c. Irlande* (1970), 13 Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 793; *Affaire «Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»* (1968), 11 Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 833; **arrêts examinés:** *Re Grier and Alberta Optometric Association* (1987), 42 D.L.R. (4th) 327; *Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52 (1942); *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, 425 U.S. 748 (1976); *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 106 S.Ct. 2968 (1986); **arrêt non suivi:** *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489; **arrêts mentionnés:** *Devine c. Procureur général du Québec*, [1982] C.S. 355, conf. [1987] R.J.Q. 50, inf. en partie [1988] 2 R.C.S. 790; *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2441; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; *Renvoi-relatif aux droits*

MacDonald v. City of Montreal, [1986] 1 S.C.R. 460; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, aff'g [1983] C.A. 77, aff'g [1982] C.S. 673; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 2, 5, 6, 7.
Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1982, c. 61, ss. 2, 3, 16, 34.
Act to amend the Charter of the French Language, S.Q. 1983, c. 56, ss. 12, 52.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7 to 15, 16 to 23, 24(1), 33.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1 [en. 1982, c. 61, s. 2], 10 [am. 1978, c. 7, s. 112; am. 1980, c. 11, s. 34; am. 1982, c. 61, s. 3], 51, 52 [repl. 1982, c. 61, s. 16].
Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11, ss. 1, 58 [repl. 1983, c. 56, s. 12], 69, 89, 205 [am. 1986, c. 58, s. 15], 206 [am. 1986, c. 58, s. 16], 207, 208, 209, 214 [en. 1982, c. 21, s. 1].
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 454, 507 [am. 1979, c. 37, s. 24; repl. 1982, c. 32, s. 44].
Constitution Act, 1867, s. 133.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, s. 364 [en. 1982, c. 21, s. 1].
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 36(f).
Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16, s. 13.
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 67.

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Translated by Katherine Lippel, John Philpot and Bill Schabas. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1984.

linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721; *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, conf. [1983] C.A. 77, conf. [1982] C.S. 673; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7 à 15, 16 à 23, 24(1), 33.
Charte de la langue française, L.R.Q., chap. C-11, art. 1, 58 [repl. 1983, chap. 56, art. 12], 69, 89, 205 [mod. 1986, chap. 58, art. 15], 206 [mod. 1986, chap. 58, art. 16], 207, 208, 209, 214 [ad. 1982, chap. 21, art. 1].
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 9.1 [ad. 1982, chap. 61, art. 2], 10 [mod. 1978, chap. 7, art. 112; mod. 1980, chap. 11, art. 34; mod. 1982, chap. 61, art. 3], 51, 52 [repl. 1982, chap. 61, art. 16].
Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 454, 507 [mod. 1979, chap. 37, art. 24; repl. 1982, chap. 32, art. 44].
Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 2, 5, 6, 7.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 133.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi d'interprétation, L.R.Q., chap. I-16, art. 13.
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 36f).
Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 1983, chap. 56, art. 12, 52.
Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1982, chap. 61, art. 2, 3, 16, 34.
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19, art. 67.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 364 [ad. 1982, chap. 21, art. 1].

Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1982.
 Emerson, Thomas I. «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877.

- Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877.
- Fishman, Joshua A. *The Sociology of Language: An Interdisciplinary Social Approach to Language in Society*. Rowley, Mass.: Newbury House Publishers, 1972.
- Jackson, Thomas H. and John Calvin Jeffries. "Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment" (1979), 65 *Va. L. Rev.* 1.
- Kurland, Philip B. "*Posadas de Puerto Rico v. Tourism Company*:" 'Twas Strange; 'Twas Passing Strange; 'Twas Pitiful, 'Twas Wondrous Pitiful,'" [1986] *Sup. Ct. Rev.* 1.
- Langlois, Raynold. "Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve". Dans *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*. Sous la direction de Daniel Turp et de Gérard A. Beaudoin. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1986, pp. 159 à 186.
- Lively, Donald E. "The Supreme Court and Commercial Speech: New Words with an Old Message" (1987), 72 *Minn. L. Rev.* 289.
- Sharpe, Robert J. "Commercial Expression and the Charter" (1987), 37 *U. of T.L.J.* 229.
- "The Supreme Court—Leading Cases" (1986), 100 *Harv. L. Rev.* 100.
- Weinberg, Jonathan. "Constitutional Protection of Commercial Speech" (1982), 82 *Colum. L. Rev.* 720.
- Fishman, Joshua A. *The Sociology of Language: An Interdisciplinary Social Approach to Language in Society*. Rowley, Mass.: Newbury House Publishers, 1972.
- Jackson, Thomas H. and John Calvin Jeffries. "Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment" (1979), 65 *Va. L. Rev.* 1.
- Kurland, Philip B. "*Posadas de Puerto Rico v. Tourism Company*:" 'Twas Strange, 'Twas Passing Strange; 'Twas Pitiful, 'Twas Wondrous Pitiful,'" [1986] *Sup. Ct. Rev.* 1.
- Langlois, Raynold. "Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve". Dans *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*. Sous la direction de Daniel Turp et de Gérard A. Beaudoin. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1986, pp. 159 à 186.
- Lively, Donald E. "The Supreme Court and Commercial Speech: New Words with an Old Message" (1987), 72 *Minn. L. Rev.* 289.
- Sharpe, Robert J. "Commercial Expression and the Charter" (1987), 37 *U. of T.L.J.* 229.
- "The Supreme Court—Leading Cases" (1986), 100 *Harv. L. Rev.* 100.
- Weinberg, Jonathan. "Constitutional Protection of Commercial Speech" (1982), 82 *Colum. L. Rev.* 720.
- APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 80, 5 Q.A.C. 119, 36 D.L.R. (4th) 374, dismissing appellant's appeal from a judgment of Boudreault J., [1985] C.S. 147, 18 D.L.R. (4th) 711, granting in part respondents' application for a declaration that certain sections of the *Charter of the French Language* are inoperative. Appeal dismissed.
- Yves de Montigny, André Tremblay and Richard Tardif*, for the appellant.
- Harvey Yarosky and Allan R. Hilton*, for the respondents.
- Georges Emery, Q.C.*, and *André Bluteau* and *René LeBlanc*, for the intervener the Attorney General of Canada.
- Lorraine Weinrib*, for the intervener the Attorney General for Ontario.
- Grant S. Garneau*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 80, 5 Q.A.C. 119, 36 D.L.R. (4th) 374, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre un jugement du juge Boudreault, [1985] C.S. 147, 18 D.L.R. (4th) 711, qui avait accueilli en partie la demande des intimées visant à faire déclarer inopérants certains articles de la *Charte de la langue française*. Pourvoi rejeté.
- Yves de Montigny, André Tremblay et Richard Tardif*, pour l'appelant.
- Harvey Yarosky et Allan R. Hilton*, pour les intimées.
- Georges Emery, c.r.*, et *André Bluteau* et *René LeBlanc*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.
- Lorraine Weinrib*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.
- Grant S. Garneau*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The principal issue in this appeal is whether ss. 58 and 69 of the Quebec *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, which require that public signs and posters and commercial advertising shall be in the French language only and that only the French version of a firm name may be used, infringe the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 3 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. There is also an issue as to whether ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* infringe the guarantee against discrimination based on language in s. 10 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*. The application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* turns initially on whether there is a valid and applicable override provision, enacted pursuant to s. 33 of the *Canadian Charter*, that ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* shall operate notwithstanding s. 2(b) of the *Canadian Charter*.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Quebec Court of Appeal on December 22, 1986, [1987] R.J.Q. 80, 5 Q.A.C. 119, 36 D.L.R. (4th) 374, dismissing the appeal of the Attorney General of Quebec from the judgment of Boudreault J. in the Superior Court for the District of Montreal on December 28, 1984, [1985] C.S. 147, 18 D.L.R. (4th) 711, which, on an application for a declaratory judgment, declared s. 58 of the *Charter of the French Language* to be inoperative to the extent that it prescribes that public signs and posters and commercial advertising shall be solely in the French language. The appeal is also from the judgment of the Court of Appeal in so far as it allowed the incidental appeal of the respondents from the judgment of Boudreault J. and declared s. 69 of the *Charter of the French Language* to be inoperative to the extent that it prescribes that only the French version of a firm name may be used. In allowing the incidental appeal the Court of Appeal also declared ss. 205 to 208 of the *Charter of the French Language* respecting offences, penalties

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR— La principale question soulevée par le présent pourvoi est de savoir si les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* du Québec, L.R.Q., chap. C-11, qui exigent que l'affichage public et la publicité commerciale se fassent uniquement en français et que seule soit utilisée la raison sociale en langue française, portent atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., chap. C-12. La question se pose en outre de savoir si les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* violent la garantie contre la discrimination fondée sur la langue énoncée à l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. L'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* dépend d'abord de la validité et de l'applicabilité d'une disposition dérogatoire, adoptée en vertu de l'art. 33 de la *Charte* canadienne, déclarant que les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* ont effet indépendamment de l'al. 2b) de la *Charte* canadienne.

Le présent pourvoi, formé avec l'autorisation de cette Cour, attaque l'arrêt de la Cour d'appel du Québec en date du 22 décembre 1986, [1987] R.J.Q. 80, 5 Q.A.C. 119, 36 D.L.R. (4th) 374, rejetant l'appel formé par le procureur général du Québec contre le jugement du 28 décembre 1984, [1985] C.S. 147, 18 D.L.R. (4th) 711, par lequel le juge Boudreault de la Cour supérieure du district de Montréal, sur requête en jugement déclaratoire, a déclaré l'art. 58 de la *Charte de la langue française* inopérant dans la mesure où il prescrit que l'affichage public et la publicité commerciale doivent se faire uniquement en langue française. Le présent pourvoi attaque également l'arrêt de la Cour d'appel en ce qu'il a accueilli l'appel incident formé par les intimées contre le jugement du juge Boudreault et a déclaré l'art. 69 de la *Charte de la langue française* inopérant dans la mesure où il prescrit que seule la raison sociale en langue française peut être utilisée. En accueillant l'appel incident, la Cour d'appel a aussi déclaré inopérants, dans la mesure où ils s'appliquent aux art. 58 et 69, les art. 205 à 208 de la

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Irwin Toy Limited *Respondent*

and

Gilles Moreau in his capacity as President of the Office de la protection du consommateur
Intervener

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, Pathonic Communications Inc., Réseau Pathonic Inc., and the Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants
Intervenors

INDEXED AS: IRWIN TOY LTD. v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20074.

1987: November 19, 20; 1989: April 27.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain* JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Commercial advertising — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Whether provincial legislation ultra vires the provincial legislature — Colourable legislation — Impairment of federal undertakings — Conflict with federal legislation — Criminal law — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 — Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249 — Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, s. 3(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Exception where express declaration — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Whether provincial legislation protected from the application of s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by a valid and subsisting override provision — Canadian Charter of Rights and Freedoms,

* Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

Irwin Toy Limited *Intimée*

^a
et

Gilles Moreau en sa qualité de président de l'Office de la protection du consommateur
Intervenant

^b
et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, Pathonic Communications Inc., Réseau Pathonic Inc., et la Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants
Intervenants

^d

RÉPERTORIÉ: IRWIN TOY LTD. c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20074.

^e

1987: 19, 20 novembre; 1989: 27 avril.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain*.

^f EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs législatifs — Publicité commerciale — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — La loi provinciale est-elle ultra vires de la législature provinciale? — Législation déguisée — Entrave à une entreprise fédérale — Conflit avec la législation fédérale — Droit criminel — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 — Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249 — Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Dérogation par déclaration expresse — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — La loi provinciale est-elle soustraite à l'application de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés par une disposition dérogatoire valide et en vigueur? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 33 — Loi

* Les juges Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

s. 33 — *Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249, 364* — *Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 7.*

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Commercial advertising — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Scope of freedom of expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 1 of the Canadian Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — *Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249* — *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.*

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Whether provincial legislation too vague to constitute a limit prescribed by law — Whether only evidence of legislative objective contemporary with the adoption of the provincial legislation relevant to justifying provincial legislation as a reasonable limit upon freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — *Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249.*

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Life, liberty and security of person — Whether corporations may invoke the protection of s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Meaning of the word "Everyone" in s. 7.

Civil rights — Provincial human rights legislation — Freedom of expression — Commercial advertising — Provincial legislation prohibiting commercial advertising directed at persons under thirteen years of age — Scope of freedom of expression — Whether provincial legislation infringes the guarantee of freedom of expression — Whether limit imposed by the provincial legislation on freedom of expression justifiable under s. 9.1 of the Quebec Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1 — *Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 248, 249* — *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.*

In November 1980, the respondent sought a declaration from the Superior Court that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1*, which prohibited commercial advertising directed at persons under

sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249, 364 — *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 7.*

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité commerciale — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — Portée de la liberté d'expression. — La loi provinciale porte-t-elle atteinte à la garantie de la liberté d'expression? — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte canadienne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — *Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249* — *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q., chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.*

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — La loi provinciale est-elle trop imprécise pour constituer une limite prescrite par une règle de droit? — La preuve relative à l'objectif visé par le législateur, existant au moment de l'adoption de la loi provinciale, est-elle la seule pertinente pour justifier la loi provinciale comme restriction raisonnable à la liberté d'expression — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — *Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249.*

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Vie, liberté et sécurité de la personne — Les sociétés peuvent-elles invoquer la protection de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Sens du mot «Chacun» à l'art. 7.

Libertés publiques — Loi provinciale sur les droits de la personne — Liberté d'expression — Publicité commerciale — Loi provinciale interdisant la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans — Portée de la liberté d'expression — La loi provinciale porte-t-elle atteinte à la garantie de liberté d'expression — La restriction que la loi provinciale impose à la liberté d'expression est-elle justifiable en vertu de l'art. 9.1 de la Charte québécoise? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 9.1 — *Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1, art. 248, 249* — *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q., chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.*

En novembre 1980, l'intimée a demandé en Cour supérieure un jugement déclarant que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1*, étaient *ultra vires* de l'Assemblée nationale

thirteen years of age, were *ultra vires* the Quebec legislature and, subsidiarily, that they infringed the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. The Superior Court dismissed the action. On appeal, the respondent also invoked the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which entered into force after the judgment of the Superior Court. The Court of Appeal allowed the appeal holding that the challenged provisions infringed s. 2(b) of the *Canadian Charter* and that the limit imposed on freedom of expression by ss. 248 and 249 was not justified under s. 1. This appeal is to determine (1) whether ss. 248 and 249 are *ultra vires* the Quebec legislature or rendered inoperative by conflict with s. 3 of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11; (2) whether they are protected from the application of the *Canadian Charter* by a valid and subsisting override provision; (3) whether they infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter* and s. 3 of the *Quebec Charter*; and if so, (4) whether the limit imposed by ss. 248 and 249 is justifiable under s. 1 of the *Canadian Charter* and s. 9.1 of the *Quebec Charter*; and (5) whether they infringe s. 7 of the *Canadian Charter*.

Held (Beetz and McIntyre JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

- (1) Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are not *ultra vires* the provincial legislature nor deprived of effect under s. 3 of the *Broadcasting Act*.
- (2) The override provision in s. 364 of the *Consumer Protection Act* expired on June 23, 1987.
- (3) Sections 248 and 249 infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter* and s. 3 of the *Quebec Charter*.
- (4) *Per* Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. (Beetz and McIntyre JJ. dissenting): Sections 248 and 249 are justified under s. 1 of the *Canadian Charter* and s. 9.1 of the *Quebec Charter*.
- (5) Section 7 of the *Canadian Charter* cannot be invoked by the respondent.

(1) *Constitution Act, 1867*

Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*, as modified by or completed by the regulations, are, like in the *Kellogg's* case, legislation of general application enacted in relation to consumer protection and are not a colourable attempt, under the guise of a law of general application, to legislate in relation to television advertising. The dominant aspect of the law for purposes

du Québec et, subsidiairement, qu'ils enfreignaient la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. Les articles 248 et 249 interdisaient la publicité commerciale destinée à des personnes de moins de treize ans. La Cour supérieure a rejeté l'action. En appel, l'intimée a aussi invoqué la *Charte canadienne des droits et libertés* entrée en vigueur après le jugement de la Cour supérieure. La Cour d'appel a accueilli l'appel et a conclu que les dispositions contestées enfreignaient l'al. 2b) de la *Charte canadienne* et que la limite imposée à la liberté d'expression par les art. 248 et 249 n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. Le pourvoi vise à déterminer (1) si les art. 248 et 249 sont *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec ou inopérants parce qu'ils entrent en conflit avec l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, chap. B-11; (2) s'ils sont soustraits à l'application de la *Charte canadienne* par une disposition dérogatoire valide et en vigueur; (3) s'ils portent atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne* et à l'art. 3 de la *Charte québécoise* et, dans l'affirmative, (4) si la restriction imposée par les art. 248 et 249 est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne* et de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*; et (5) s'ils enfreignent l'art. 7 de la *Charte canadienne*.

Arrêt (les juges Beetz et McIntyre sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

- (1) Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont pas *ultra vires* de la législature provinciale ni privés d'effet en vertu de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*.
- (2) La disposition dérogatoire de l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur* a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987.
- (3) Les articles 248 et 249 violent l'al. 2b) de la *Charte canadienne* et l'art. 3 de la *Charte québécoise*.
- (4) Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson (les juges Beetz et McIntyre sont dissidents): Les articles 248 et 249 sont justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne* et de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*.
- (5) L'article 7 de la *Charte canadienne* ne peut être invoqué par l'intimée.

(1) *Loi constitutionnelle de 1867*

Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, tels que modifiés ou complétés par les règlements, sont, comme dans l'affaire *Kellogg*, des dispositions législatives d'application générale relatives à la protection du consommateur et ne sont pas une tentative déguisée, sous l'apparence d'une loi d'application générale, de légiférer en matière de publicité télé-

of characterization is the regulation of all forms of advertising directed at persons under thirteen years of age rather than the prohibition of television advertising which cannot be said to be the exclusive or even primary aim of the legislation. The relative importance of television advertising and the other forms of children's advertising subject to exemption and prohibition is not a sufficient basis for a finding of colourability.

Sections 248 and 249 do not purport to apply to television broadcast undertakings. Read together with s. 252 of the *Consumer Protection Act*, it is clear that ss. 248 and 249 apply to the acts of an advertiser, not to the acts of a broadcaster. The challenged provisions, therefore, do not trench on exclusive federal jurisdiction by purporting to apply to a federal undertaking and, in so doing, affecting a vital part of its operation. Further, the importance of advertising revenues in the operation of a television broadcast undertaking and the fact that the prohibition of commercial advertising directed to persons under thirteen years of age affected the capacity to provide children's programs do not form a sufficient basis on which to conclude that the effect of the provisions was to impair the operation of the undertaking, in the sense that the undertaking was "sterilized in all its functions and activities". The most that can be said is that the provisions "may, incidentally, affect the revenue of one or more television stations".

Sections 248 and 249 are not in conflict with s. 3(c) of the *Broadcasting Act*. This section does not purport to prevent provincial laws of general application from having an incidental effect on broadcasting undertakings. There is also no conflict or functional incompatibility between the federal regulatory regime applicable to broadcasters adopted by the CRTC and the provincial consumer protection legislation applicable to advertisers. Both schemes have been designed to exist side by side. Neither television broadcasters nor advertisers are put into a position of defying one set of standards by complying with the other. If each group complies with the standards applicable to it, no conflict between the standards ever arises. It is only if advertisers seek to comply only with the lower threshold applicable to television broadcasters that a conflict arises. Absent an attempt by the federal government to make that lower standard the sole governing standard, there is, therefore, no occasion to invoke the doctrine of paramountcy.

Finally, having found that ss. 248 and 249 were enacted pursuant to a valid provincial objective and that

sée. L'aspect dominant de la Loi aux fins de sa qualification est la réglementation de toutes les formes de publicité destinée aux personnes de moins de treize ans plutôt que l'interdiction de la publicité télévisée dont on ne peut pas dire qu'elle soit le but exclusif ni même principal de la Loi. L'importance relative de la publicité télévisée et des autres formes de publicité destinée aux enfants visées par les exemptions et l'interdiction ne constitue pas un fondement suffisant pour conclure à l'existence d'une législation déguisée.

Les articles 248 et 249 ne visent pas à s'appliquer aux entreprises de télédiffusion. Il est clair que ces articles, lus en corrélation avec l'art. 252 de la *Loi sur la protection du consommateur*, s'appliquent aux actes d'un annonceur et non à ceux d'un radiodiffuseur. Les dispositions contestées ne portent donc pas atteinte à la compétence exclusive du fédéral en prétendant s'appliquer à une entreprise fédérale et, ce faisant, en touchant un élément essentiel de son exploitation. En outre, l'importance des revenus de publicité dans l'exploitation d'une entreprise de télédiffusion et le fait que l'interdiction de la publicité commerciale destinée aux personnes de moins de treize ans porte atteinte à la capacité de présenter des émissions pour enfants ne constituent pas une base suffisante pour conclure que l'effet des dispositions était d'entraver l'exploitation de l'entreprise dans le sens que l'entreprise était «paralysée dans ses fonctions et ses activités». Tout au plus peut-on affirmer que les dispositions peuvent «incidemment porter atteinte au revenu d'une ou plusieurs stations de télévision».

Les articles 248 et 249 n'entrent pas en conflit avec l'al. 3c) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Cet article ne vise pas à empêcher que des lois provinciales d'application générale aient un effet incident sur des entreprises de télédiffusion. Il n'y a ni conflit ni incompatibilité opérationnelle entre la réglementation fédérale applicable aux télédiffuseurs adoptée par le CRTC et la législation provinciale sur la protection du consommateur applicable aux annonceurs. Les deux systèmes ont été conçus pour coexister. Ni les télédiffuseurs ni les annonceurs ne se trouvent dans une situation où ils doivent contrevenir à une série de normes pour se conformer à l'autre. Si chaque groupe se conforme aux normes qui lui sont applicables, il ne peut jamais y avoir de conflit entre les normes. Ce n'est que si les annonceurs tentent de se conformer seulement à la norme moins exigeante applicable aux télédiffuseurs qu'il y a conflit. Dans la mesure où le gouvernement fédéral ne tente pas de faire de cette norme moins élevée la seule applicable, il n'y a aucune raison d'invoquer la théorie de la prépondérance.

Enfin, ayant conclu que les art. 248 et 249 ont été édictés en conformité avec un objectif provincial valide

they do not conflict with federal regulation, it cannot be said that because there are sanctions against a breach of these sections, they are best characterized as being, in pith and substance, legislation relating to criminal law. The province has, under s. 92(15) of the *Constitution Act, 1867*, jurisdiction to enact penal sanctions in relation to otherwise valid provincial objectives.

(2) *Application of Canadian Charter*

For the reasons given in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, s. 364 of the *Consumer Protection Act*—the standard override provision enacted by s. 1 of the *Act respecting the Constitution Act, 1982*, S.Q. 1982, c. 21—came into force on June 23, 1982 and ceased to have effect on June 23, 1987. Since s. 364 was not re-enacted pursuant to s. 33(4) of the *Canadian Charter*, it follows that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are no longer protected from the application of the *Canadian Charter* by a valid and subsisting override provision.

(3) *Freedom of Expression*

Per Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.: When faced with an alleged violation of the guarantee of freedom of expression, the first step is to determine whether the plaintiff's activity falls within the sphere of conduct protected by the guarantee. Activity which (1) does not convey or attempt to convey a meaning, and thus has no content of expression, or (2) which conveys a meaning but through a violent form of expression, is not within the protected sphere of conduct. If the activity falls within the protected sphere of conduct, the second step is to determine whether the purpose or effect of the government action in issue was to restrict freedom of expression. If the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity. If the government's purpose was not to restrict free expression, the plaintiff can still claim that the effect of the government's action was to restrict her expression. To make

et qu'ils n'entrent pas en conflit avec la réglementation fédérale, on ne peut affirmer que, parce qu'ils prévoient des sanctions en cas de violation, ils devraient être considérés en réalité comme, de par leur caractère véritable, des dispositions relatives au droit criminel. Le paragraphe 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne à la province la compétence pour édicter des lois pénales provinciales à l'égard d'objectifs provinciaux valides par ailleurs.

b (2) *Application de la Charte canadienne*

Selon les motifs de *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, l'art. 364 de la *Loi sur la protection du consommateur*—la disposition dérogatoire type édictée par l'art. 1 de la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21—est entré en vigueur le 23 juin 1982 et a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987. Puisque l'art. 364 n'a pas été adopté de nouveau en vertu du par. 33(4) de la *Charte canadienne*, les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont plus soustraits à l'application de la *Charte canadienne* par une disposition dérogatoire valide et en vigueur.

(3) *Liberté d'expression*

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson: Lorsqu'on allègue la violation de la garantie de liberté d'expression, la première étape de l'analyse consiste à déterminer si l'activité du demandeur relève du champ des activités protégées par la garantie. Une activité qui (1) ne transmet pas ni ne tente de transmettre une signification et qui est donc expression sans contenu ou (2) qui transmet une signification par une forme d'expression violente, ne relève pas du champ des activités protégées. Si l'activité fait partie du champ des activités protégées, la deuxième étape consiste à déterminer si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale en cause était de restreindre la liberté d'expression. Si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'une signification soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. Par ailleurs, si le gouvernement veut seulement prévenir les conséquences matérielles d'une conduite donnée, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour décider si l'objet du gouvernement est simplement de prévenir des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans la signification de l'activité ou dans l'influence qu'elle est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou encore si le méfait est uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité. Si le but poursuivi par le gouvernement n'était pas de restreindre la liberté d'expression, le demandeur peut

this claim, the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing. Here, respondent's activity is not excluded from the sphere of conduct protected by freedom of expression. The government's purpose in enacting ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* and in promulgating ss. 87 to 91 of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act* was to prohibit particular content of expression in the name of protecting children. These provisions therefore constitute limitations to s. 2(b) of the *Canadian Charter* and s. 3 of the *Quebec Charter*.

Per Beetz and McIntyre JJ.: Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act*, which prohibit advertising aimed at children, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter* and s. 3 of the *Quebec Charter*. Sections 248 and 249 restrict a form of expression—commercial expression—protected by s. 2(b) and s. 3.

(4) Reasonable Limits

Per Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.: Sections 248 and 249, read together, are not too vague to constitute a limit prescribed by law. Section 249 can be given a sensible construction, producing no contradiction or confusion with respect to s. 248. Further, ss. 248 and 249 do not leave the courts with an inordinately wide discretion. According to s. 248, the advertisement must have commercial content and it must be aimed at those under thirteen years of age, and s. 249 directs the judge to weigh three factors relating to the context in which the advertisement was presented. Sections 248 and 249, therefore, do provide the courts with an intelligible standard to be applied in determining whether an advertisement is subject to restriction.

In showing that the legislation pursues a pressing and substantial objective, it is not open to the government to assert *post facto* a purpose which did not animate the legislation in the first place. However, in proving that the original objective remains pressing and substantial, the government surely can and should draw upon the best evidence currently available. The same is true as regards proof that the measure is proportional to its objective. It is equally possible that a purpose which was not demonstrably pressing and substantial at the time of the legislative enactment becomes demonstrably pressing and substantial with the passing of time and the

encore soutenir que l'action gouvernementale a eu pour effet de restreindre sa liberté d'expression. Pour ce faire, le demandeur doit au moins décrire le message transmis et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels. En l'espèce, l'activité de l'intimée relève bien du champ des activités protégées par la liberté d'expression. En adoptant les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* et les art. 87 à 91 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, l'objet que poursuivait le gouvernement était d'interdire un contenu particulier d'une expression au nom de la protection des enfants. Ces dispositions apportent donc des restrictions à l'al. 2b) de la *Charte canadienne* et à l'art. 3 de la *Charte québécoise*.

Les juges Beetz et McIntyre: Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui interdisent la publicité destinée aux enfants, enfreignent l'al. 2b) de la *Charte canadienne* et l'art. 3 de la *Charte québécoise*. Les articles 248 et 249 restreignent une forme d'expression—l'expression commerciale—qui est protégée par l'al. 2b) et l'art. 3.

(4) Limites raisonnables

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson: Les articles 248 et 249 sont assez précis pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit. Il est possible de donner une interprétation logique à l'art. 249 qui élimine toute confusion ou toute contradiction avec l'art. 248. De plus, les art. 248 et 249 ne confèrent pas au juge un pouvoir discrétionnaire excessivement large. Selon l'article 248, le message doit avoir un contenu commercial et viser les personnes de moins de treize ans et l'art. 249 impose au juge d'évaluer trois facteurs relatifs au contexte dans lequel le message publicitaire a été présenté. Les articles 248 et 249 fournissent donc aux tribunaux une norme intelligible à appliquer pour déterminer si un message publicitaire peut faire l'objet d'une restriction.

Pour démontrer que l'objet de la Loi est urgent et réel, le gouvernement ne peut invoquer à posteriori un objet qui n'a pu motiver l'adoption de la Loi à l'origine. Toutefois, pour établir que l'objectif premier demeure urgent et réel, le gouvernement peut certainement et doit même faire appel aux meilleurs éléments de preuve qui existent au moment de l'analyse. Il en est de même en ce qui concerne la preuve que la mesure est proportionnelle à son objectif. Il est également possible d'établir qu'un objet, dont le caractère urgent et réel ne pouvait pas être établi à l'époque de l'adoption du texte législatif, a acquis ce caractère avec le temps et l'évolu-

changing of circumstances. In this case, the question is whether the evidence submitted by the government establishes that children under thirteen are unable to make choices and distinctions respecting products advertised and whether this in turn justifies the restriction on advertising put into place. Studies subsequent to the enactment of the legislation can be used for this purpose.

Based on the s. 1 and s. 9.1 materials, ss. 248 and 249 constitute a reasonable limit upon freedom of expression and are justifiable under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*. The objective of regulating commercial advertising directed at children accords with a general goal of consumer protection legislation—to protect a group that is most vulnerable to commercial manipulation. Children are not as equipped as adults to evaluate the persuasive force of advertising. The legislature reasonably concluded that advertisers should not be able to capitalize upon children's credulity. The s. 1 and s. 9.1 materials demonstrate, on the balance of probabilities, that children up to the age of thirteen are manipulated by commercial advertising and that the objective of protecting all children in this age group is predicated on a pressing and substantial concern.

The means chosen by the government were also proportional to the objective. First, there is no doubt that a ban on advertising directed to children is rationally connected to the objective of protecting children from advertising. The government measure aims precisely at the problem identified in the s. 1 and s. 9.1 materials. It is important to note that there is no general ban on the advertising of children's products, but simply a prohibition against directing advertisements to those unaware of their persuasive intent. Commercial advertisements may clearly be directed at the true purchasers—parents or other adults. Indeed, non-commercial educational advertising aimed at children is permitted. Second, the evidence adduced sustains the reasonableness of the legislature's conclusion that a ban on commercial advertising directed to children was the minimal impairment of free expression consistent with the pressing and substantial goal of protecting children against manipulation through such advertising. Where the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed, the courts can assess with a high degree of certainty whether the least intrusive means have been chosen to achieve the government's objective. On the other hand, where the government is best characterized as mediating between the

tion des circonstances. En l'espèce, la question revient donc à déterminer si la preuve offerte par le gouvernement établit que les enfants de moins de treize ans sont incapables de faire des choix et des distinctions en ce qui concerne les produits annoncés et si cela, à son tour, justifie la restriction imposée à la publicité. Des études postérieures à l'adoption de la Loi peuvent être utilisées à cette fin.

Compte tenu des documents relatifs aux articles premier et 9.1, les art. 248 et 249 apportent une limite raisonnable à la liberté d'expression et sont justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise. L'objectif de régler la publicité commerciale destinée à des enfants est conforme au but général d'une loi sur la protection du consommateur, c.-à-d. de protéger un groupe qui est très vulnérable à la manipulation commerciale. Les enfants n'ont pas les capacités des adultes pour évaluer la force persuasive de la publicité. Le législateur a raisonnablement conclu qu'il fallait empêcher les annonceurs d'exploiter la crédulité des enfants. Les documents relatifs aux articles premier et 9.1 démontrent, selon la prépondérance des probabilités, que jusqu'à l'âge de treize ans les enfants peuvent être manipulés par la publicité commerciale et que l'objectif de protéger tous les enfants de ce groupe d'âge est fondé sur une préoccupation urgente et réelle.

Les moyens choisis par le gouvernement sont proportionnels à son objectif. Premièrement, il n'y a pas de doute que l'interdiction de la publicité destinée aux enfants a un lien rationnel avec l'objectif de protéger les enfants contre la publicité. Les mesures prises par le gouvernement visent précisément le problème traité dans les documents relatifs aux articles premier et 9.1. Il est important de souligner que nous ne sommes pas en présence d'une interdiction générale de la publicité de produits pour enfants, mais simplement d'une interdiction de présenter des messages publicitaires à ceux qui ne sont pas conscients du fait que ces messages visent à persuader. Les messages publicitaires peuvent certainement s'adresser aux véritables acheteurs, les parents ou d'autres adultes. En fait, la publicité éducative non commerciale destinée aux enfants est permise. Deuxièmement, la preuve étaye le caractère raisonnable de la conclusion du législateur qu'une interdiction de la publicité à but commercial destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression tout en se conformant à l'objectif urgent et réel de protéger les enfants de la manipulation qu'exerce la publicité. Dans les cas où le gouvernement est en quelque sorte l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de

claims of competing individuals and groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources which cannot be evaluated by the courts with the same degree of certainty. Thus, while evidence exists that other less intrusive options reflecting more modest objectives were available to the government, there is evidence establishing the necessity of a ban to meet the objectives the government had reasonably set. This Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups. There must nevertheless be a sound evidentiary basis for the government's conclusions. Third, there was no suggestion here that the effects of the ban are so severe as to outweigh the government's pressing and substantial objective. Advertisers are always free to direct their message at parents and other adults. They are also free to participate in educational advertising. The real concern animating the challenge to the legislation is that revenues are in some degree affected. This only implies that advertisers will have to develop new marketing strategies for children's products.

Per Beetz and McIntyre JJ. (dissenting): Sections 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are not justified under s. 1 of the *Canadian Charter* or s. 9.1 of the *Quebec Charter*. The promotion of the welfare of children is certainly an objective of pressing and substantial concern for any government, but it has not been shown in this case that their welfare was at risk because of advertising directed at them. Further, the means chosen were not proportional to the objective. A total prohibition of advertising on television aimed at children below an arbitrarily fixed age makes no attempt at the achievement of proportionality.

Freedom of expression is too important a principle to be lightly cast aside or limited. Whether political, religious, artistic or commercial, freedom of expression should not be suppressed except where urgent and compelling reasons exist and then only to the extent and for

certitude si les moyens les moins radicaux ont été choisis pour atteindre l'objectif gouvernemental. En revanche, dans les cas où le gouvernement arbitre entre les revendications d'individus ou de groupes opposés, le choix des moyens comme celui des fins exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées, ce que les tribunaux ne peuvent faire avec le même degré de certitude. Bien que, selon la preuve, le gouvernement dispose d'autres options comportant une intrusion moindre qui répondent à des objectifs plus modestes, la preuve démontre aussi la nécessité d'interdire la publicité pour parvenir aux objectifs que le gouvernement s'est raisonnablement fixé. Cette Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines au nom du principe de l'atteinte minimale et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables. Néanmoins, les conclusions du gouvernement doivent s'appuyer sur des éléments de preuve solides. Troisièmement, on ne laisse pas entendre que les effets de l'interdiction sont tellement sévères qu'ils l'emportent sur l'objectif urgent et réel du gouvernement. Il est toujours loisible aux annonceurs d'adresser leur message aux parents et aux autres adultes. Ils sont également libres de participer à la publicité éducative. La véritable préoccupation à l'origine de la contestation de la Loi est qu'elle touche les revenus dans une certaine mesure. Cela signifie simplement que les annonceurs devront inventer de nouvelles stratégies de commercialisation des produits pour enfants.

Les juges Beetz et McIntyre (dissidents): Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne* ou de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Promouvoir le bien-être des enfants est un objectif qui répond à une préoccupation urgente et réelle pour tout gouvernement, mais il n'a pas été démontré en l'espèce que la publicité télévisée destinée aux enfants met en danger leur bien-être. De plus, les moyens choisis ne sont pas proportionnels à l'objectif. Une interdiction totale de la publicité télévisée destinée aux enfants jusqu'à un certain âge fixé arbitrairement indique qu'il n'a pas été tenté de satisfaire à l'exigence de proportionnalité.

La liberté d'expression est trop importante pour être écartée ou restreinte à la légère. La liberté d'expression, qu'elle soit politique, religieuse, artistique ou commerciale, ne devrait être supprimée que dans des cas où existent des motifs urgents et impératifs de le faire, et

the time necessary for the protection of the community. This is not such a case.

(5) Fundamental Justice

Respondent's contention that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* infringe s. 7 of the *Canadian Charter* cannot be entertained. The proceedings in this case are brought only against the company and not against any individuals. A corporation, unlike its officers, cannot avail itself of the protection offered by s. 7. The word "Everyone" in s. 7, read in light of the rest of the section, excludes corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and includes only human beings.

Cases Cited

By the majority

Applied: *Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; **considered:** *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; **referred to:** *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238; *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; Eur. Court H. R., *Handyside* case, decision of 29 April 1976, Series A No. 24; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 E.H.R.R. 245; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Alliance des professeurs de Montréal v. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376; *F.H. Hayhurst Co. v. Langlois*, [1984] C.A. 74; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299.

seulement alors dans la mesure et pour le temps nécessaire à la protection de la collectivité. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

(5) Justice fondamentale

On ne peut retenir la prétention de l'intimée selon laquelle les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Dans la présente espèce, les poursuites concernent une compagnie et non des individus. À la différence de ses dirigeants, une société ne peut invoquer la protection qu'offre l'art. 7 de la *Charte*. Le mot «Chacun» à l'art. 7, compte tenu du reste de l'article, exclut les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et ne comprend que les êtres humains.

Jurisprudence

Citée par la majorité

Arrêts appliqués: *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; **arrêts examinés:** *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada*, [1929] A.C. 260; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; **arrêts mentionnés:** *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] R.C.S. 238; *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Mann v. The Queen*, [1966] R.C.S. 238; *Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; Cour Eur. D. H., affaire *Handyside*, décision du 29 avril 1976, série A n° 24; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Sunday Times v. United Kingdom* (1979), 2 E.H.R.R. 245; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Alliance des professeurs de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1985] C.A. 376; *F.H. Hayhurst Co. c. Langlois*, [1984] C.A. 74; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299.

By the minority

Ford v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Constitution Act, 1982, S.Q. 1982, c. 21, ss. 1, 7.
Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, ss. 3(c), 17(1)(a).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 33.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 9.1.
Civil Code of Lower Canada, arts. 987, 1001 to 1011.
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), (29), 92(10), (13), (15), (16).
Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1 [previously S.Q. 1978, c. 6], ss. 215, 248, 249, 252, 278, 282, 316, 364 [en. 1982, c. 21, s. 1].
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, ss. 2, 3.
Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act, R.R.Q. 1981, c. P-40.1, r. 1, ss. 87 to 91.
Television Broadcasting Regulations, C.R.C. 1978, c. 381.

Authors Cited

Boddewyn, J. J. *Advertising to Children: Regulation and Self-regulation in 40 Countries*. New York: International Advertising Association Inc., 1984.
 Canada/Quebec. Federal-Provincial Committee on Advertising Intended for Children. *The Effects of Quebec's Legislation Prohibiting Advertising Intended for Children*, September 1985. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
 Canadian Association of Broadcasters. *Broadcast Code for Advertising to Children*, revised 1984.
 Canadian Broadcasting Corporation. *Commercial Acceptance Policy Guideline*.
 Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission. *Broadcast Advertising Handbook: Acts, Regulations, and Guidelines on Broadcast Advertising*. Hull: Supply and Services Canada, 1978.
 Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission. *Renewal of the Canadian Broadcasting Corporation's Television and Radio Network Licences*. Decision CRTC 79-320, April 30, 1979, (1979) 113 *Can. Gaz.*, Part I, 3082.
 Cox, Archibald. *Freedom of Expression*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.
 Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877.

Citée par la minorité

Ford c. Québec (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 33.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., chap. C-12, art. 3, 9.1.
Code civil du Bas-Canada, art. 987, 1001 à 1011.
Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, L.Q. 1982, chap. 21, art. 1, 7.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), (29), 92(10), (13), (15), (16).
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 2, 3.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., chap. P-40.1 [auparavant L.Q. 1978, chap. 6], art. 215, 248, 249, 252, 278, 282, 316, 364 [ad. 1982, chap. 21, art. 1].
Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, chap. B-11, art. 3c), 17(1)a).
Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q. 1981, chap. P-40.1, r. 1, art. 87 à 91.
Règlement sur la télédiffusion, C.R.C. 1978, chap. 381.

Doctrines citées

Association canadienne des radiodiffuseurs. *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants*, révisé 1984.
 Boddewyn, J. J. *Advertising to Children: Regulation and Self-regulation in 40 Countries*. New York: International Advertising Association Inc., 1984.
 Canada/Québec. Comité fédéral-provincial sur la publicité destinée aux enfants. *Les effets de la loi québécoise interdisant la publicité destinée aux enfants*, septembre 1985. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986.
 Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Guide de la publicité radiodiffusée: Lois, règlements et directives relatifs à la publicité radiodiffusée*. Hull: Approvisionnements et Services Canada, 1978.
 Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Renouvellement des licences des réseaux de télévision et de radio de la Société Radio-Canada*. Décision CRTC 79-320, le 30 avril 1979, (1979) 113 *Gaz. Can.*, Partie I, 3082.
 Cox, Archibald. *Freedom of Expression*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.
 Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877.

Martin, Peter S. "Business Practices—Title II of the Quebec Consumer Protection Act". In Meredith Memorial Lectures 1979, *The New Consumer Protection Act of Quebec*. Faculty of Law, McGill University. Toronto: Richard De Boo Ltd., 1980.

National Association of Broadcasters, *Television Code*, 21st ed., 1980.

Organization for Economic Cooperation and Development. *Advertising Directed at Children: Endorsements in Advertising*. Paris: OECD, 1982.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. "Étude du projet de loi n° 72—*Loi sur la protection du consommateur*". Dans *Journal des débats*, Commissions parlementaires, le 12 décembre 1978.

Québec. Office de la protection du consommateur. *The Consumer Protection Act: Application Guide for Sections 248 and 249 (Advertising Intended for Children Under 13 Years of Age)*, 1980.

Scanlon, Thomas. "A Theory of Freedom of Expression". In R. M. Dworkin, *The Philosophy of Law*. London: Oxford University Press, 1977.

Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Tucker, D. F. B. *Law, Liberalism and Free Speech*. Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, 1985.

United States. Federal Trade Commission. FTC Final Staff Report and Recommendation. *In the Matter of Children's Advertising*, 1981.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, setting aside a judgment of the Superior Court, [1982] C.S. 96. Appeal allowed, Beetz and McIntyre JJ. dissenting.

Yves de Montigny and Richard Tardif, for the appellant.

Yvan Bolduc, Michel Robert, Q.C., Luc Martineau and Marie-Josée Hogue, for the respondent.

Pierre Valois and Gilberte Bechara, for the intervener Gilles Moreau.

Lorraine E. Weinrib, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Martin, Peter S. «Business Practices—Title II of the Quebec Consumer Protection Act». Dans Conférences Memorial Meredith 1979, *La nouvelle Loi du Québec sur la protection du consommateur*. Faculty of Law, McGill University. Toronto: Richard De Boo Ltd., 1980.

National Association of Broadcasters, *Television Code*, 21st ed., 1980.

Organisation de Coopération et de Développement Économiques. *Publicité destinée aux enfants: Attestations à des fins publicitaires*. Paris: OCDE, 1982.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des consommateurs, coopératives et institutions financières. «Étude du projet de loi n° 72—*Loi sur la protection du consommateur*». Dans *Journal des débats*, Commissions parlementaires, le 12 décembre 1978.

Québec. Office de la protection du consommateur. *La loi sur la protection du consommateur: Guide d'application des articles 248 et 249 (Publicité destinée aux enfants de moins de 13 ans)*, 1980.

Scanlon, Thomas. «A Theory of Freedom of Expression». In R. M. Dworkin, *The Philosophy of Law*. London: Oxford University Press, 1977.

Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Société Radio-Canada. *Critères de la politique du code publicitaire*.

Tucker, D. F. B. *Law, Liberalism and Free Speech*. Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, 1985.

United States. Federal Trade Commission. FTC Final Staff Report and Recommendation. *In the Matter of Children's Advertising*, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1982] C.S. 96. Pourvoi accueilli, les juges Beetz et McIntyre sont dissidents.

Yves de Montigny et Richard Tardif, pour l'appellant.

Yvan Bolduc, Michel Robert, c.r., Luc Martineau et Marie-Josée Hogue, pour l'intimée.

Pierre Valois et Gilberte Bechara, pour l'intervenant Gilles Moreau.

Lorraine E. Weinrib, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Grant S. Garneau, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Joseph J. Arvay and *Jennifer Button*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Louis-Yves Fortier, Q.C., and *Michel Sylvestre*, for the interveners Pathonic Communications Inc. and Réseau Pathonic Inc.

Marc Legros and *Diane Lajoie*, for the intervener the Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND LAMER AND WILSON JJ.—This appeal raises questions concerning the constitutionality, under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, and ss. 2(b) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, of ss. 248 and 249 of the *Quebec Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, respecting the prohibition of television advertising directed at persons under thirteen years of age.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Quebec Court of Appeal (Kaufman and Jacques J.J.A.; Vallerand J.A. dissenting) on September 18, 1986, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, allowing an appeal from the judgment of Hugessen A.C.J. of the Superior Court for the District of Montreal on January 8, 1982, [1982] C.S. 96, which dismissed the respondent's action for a declaration that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* were *ultra vires* the legislature of the province of Quebec and subsidiarily that they were inoperative as infringing the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12.

Grant S. Garneau, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Joseph J. Arvay et *Jennifer Button*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Louis-Yves Fortier, c.r., et *Michel Sylvestre*, pour les intervenants Pathonic Communications Inc. et Réseau Pathonic Inc.

Marc Legros et *Diane Lajoie*, pour l'intervenant la Coalition contre le retour de la publicité destinée aux enfants.

Le jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer et Wilson a été rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LES JUGES LAMER ET WILSON—Ce pourvoi soulève plusieurs questions relatives à la constitutionnalité, en vertu des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et de l'al. 2b) et de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chap. P-40.1, qui interdisent la publicité télévisée destinée à des personnes âgées de moins de treize ans.

Le pourvoi, autorisé par cette Cour, attaque l'arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Kaufman et Jacques; le juge Vallerand étant dissident) rendu le 18 septembre 1986, [1986] R.J.Q. 2441, 32 D.L.R. (4th) 641, 3 Q.A.C. 285, 26 C.R.R. 193, qui a accueilli l'appel du jugement de la Cour supérieure, district de Montréal, prononcé par le juge en chef adjoint Hugessen le 8 janvier 1982, [1982] C.S. 96, lequel rejetait l'action intentée par l'intimée en vue de faire déclarer *ultra vires* de l'Assemblée nationale du Québec les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* et, à titre subsidiaire, de les faire déclarer inopérants comme portant atteinte à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., chap. C-12.

force on June 23, 1982. As this Court decided in *Ford*, to the extent that s. 7 of the enacting legislation attempted to give retrospective effect to the override provisions it was of no force or effect. The result of this is that the standard override provisions enacted by s. 1 of that Act came into force on June 23, 1982 in accordance with the first paragraph of s. 7 and not on April 17, 1982 as the portion of s. 7 purporting to give retrospective effect to s. 1 envisaged. This means that s. 364 ceased to have effect on June 23, 1987 and that ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* are no longer protected from the application of the *Canadian Charter* by a valid and subsisting override provision. As was stated in *Ford* (at p. 734), "on an application for a declaratory judgment in a case of this kind the Court should declare the law as it exists at the time of its judgment." We will thus proceed on the basis that ss. 248 and 249 are subject to the provisions of both the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

VI—Whether ss. 248 and 249 Limits Freedom of Expression as Guaranteed by the Canadian and Quebec Charters

A. *The Ford and Devine Appeals*

Although the issue relating to freedom of expression in this appeal was argued together with the *Ford* and *Devine* appeals, it is important to emphasize that, unlike in the present case, the two latter cases involved government measures restricting one's choice of language. As the Court stated in *Ford* (at p. 748):

Language is so intimately related to the form and content of expression that there cannot be true freedom of expression by means of language if one is prohibited from using the language of one's choice. Language is not merely a means or medium of expression; it colours the content and meaning of expression.

Having determined that freedom of expression prevents prohibitions against using the language of one's choice, the question became whether, in the Court's words (at p. 766) "a commercial purpose removes the expression . . . from the scope of pro-

vigueur le 23 juin 1982. Comme cette Cour l'a décidé dans l'arrêt *Ford*, dans la mesure où l'art. 7 de cette loi tentait de donner un effet rétroactif aux dispositions dérogatoires, il était inopérant. Il en résulte que les dispositions dérogatoires types édictées par l'art. 1 de la Loi sont entrées en vigueur le 23 juin 1982, en conformité avec le premier paragraphe de l'art. 7 et non le 17 avril 1982 comme l'envisageait la partie de l'art. 7 qui tentait de leur donner un effet rétroactif. Cela signifie que l'art. 364 a cessé d'avoir effet le 23 juin 1987 et que les art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* ne sont plus soumis à l'application de la *Charte canadienne* par une disposition dérogatoire valide et en vigueur. Comme il a été dit dans l'arrêt *Ford* (à la p. 734) «un tribunal saisi d'une requête en jugement déclaratoire devrait dire le droit tel qu'il existe au moment de son jugement». Nous allons donc poursuivre en tenant pour acquis que les art. 248 et 249 sont soumis tant aux dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec qu'à celles de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

VI—Les articles 248 et 249 restreignent-ils la liberté d'expression garantie par les Chartes canadienne et québécoise?

A. *Les pourvois Ford et Devine*

Bien que la question de la liberté d'expression dans ce pourvoi ait été plaidée en même temps que les pourvois *Ford* et *Devine*, il est important de souligner que, à la différence de la présente espèce, les deux autres affaires portaient sur des mesures gouvernementales qui restreignaient l'usage de la langue de son choix. Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Ford* (à la p. 748):

La langue est si intimement liée à la forme et au contenu de l'expression qu'il ne peut y avoir de véritable liberté d'expression linguistique s'il est interdit de se servir de la langue de son choix. Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression.

Dès lors qu'il était décidé que la liberté d'expression exclut l'interdiction d'utiliser la langue de son choix, la question, selon les termes de la Cour (à la p. 766), était devenue celle de savoir si «un but commercial exclut l'expression [...] du champ

tected freedom." Thus, while choice of language was the principal matter in those appeals, the commercial element to the expression in issue raised an ancillary question. As the Court made clear at the end of its discussion concerning freedom of expression (at p. 767):

Although the expression in this case has a commercial element, it should be noted that the focus here is on choice of language and on a law which prohibits the use of a language. We are not asked in this case to deal with the distinct issue of the permissible scope of regulation of advertising (for example to protect consumers) where different governmental interests come into play, particularly when assessing the reasonableness of limits on such commercial expression pursuant to s. 1 of the Canadian Charter or to s. 9.1 of the Quebec Charter.

The instant case concerns the regulation of advertising aimed at children and thus raises squarely the issues which were not treated in *Ford*. Whereas it was sufficient in *Ford* to reject the submission that the guarantee of freedom of expression does not extend to signs having a commercial message, this case requires a determination whether regulations aimed solely at commercial advertising limit that guarantee. This, in turn, requires an elaboration of the conclusion already reached in *Ford* that there is no sound basis on which to exclude commercial expression, as a category of expression, from the sphere of activity protected by s. 2(b) of the Canadian Charter and s. 3 of the Quebec Charter.

B. The First Step: Was the Plaintiff's Activity Within the Sphere of Conduct Protected by Freedom of Expression?

Does advertising aimed at children fall within the scope of freedom of expression? This question must be put even before deciding whether there has been a limitation of the guarantee. Clearly, not all activity is protected by freedom of expression, and governmental action restricting this form of advertising only limits the guarantee if the activity in issue was protected in the first place. Thus, for example, in *Reference Re Public Service*

d'application de la liberté garantie». Ainsi, bien que le choix de la langue ait constitué le point principal de ces pourvois, l'aspect commercial de l'expression considérée soulevait une question accessoire. Comme la Cour l'a dit clairement à la fin de son analyse de la liberté d'expression (à la p. 767):

Bien que l'expression considérée ait un aspect commercial, il faut souligner que l'accent est mis, en l'espèce, sur le choix de la langue et sur une loi qui interdit l'emploi d'une langue. On ne nous demande pas de traiter ici de la question distincte de savoir quelle portée acceptable pourrait avoir la réglementation de la publicité (pour protéger les consommateurs, par exemple) quand divers intérêts gouvernementaux entrent en jeu, surtout lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère raisonnable des restrictions apportées à une telle expression commerciale, selon l'article premier de la Charte canadienne et l'art. 9.1 de la Charte québécoise.

La présente espèce porte sur la réglementation de la publicité destinée aux enfants et soulève donc directement les questions qui n'ont pas été traitées dans l'arrêt *Ford*. Alors qu'il suffisait dans l'arrêt *Ford* de rejeter la prétention que la garantie de la liberté d'expression ne s'étendait pas à l'affichage comportant un message commercial, nous devons décider dans cette affaire si les règlements qui visent seulement la publicité commerciale restreignent cette garantie. Cette question, à son tour, exige que la Cour traite plus en détail de la conclusion déjà tirée dans l'arrêt *Ford* qu'il n'y a pas de raison valable d'écarter l'expression commerciale, comme catégorie d'expression, de la sphère des activités protégées par l'al. 2b) de la Charte canadienne et l'art. 3 de la Charte québécoise.

B. La première étape: l'activité de la demanderesse fait-elle partie de la sphère des activités protégées par la liberté d'expression?

La liberté d'expression vise-t-elle la publicité destinée aux enfants? Il faut poser cette question avant même de décider si la garantie a été restreinte. Il est clair que toute activité ne sera pas protégée par la liberté d'expression et que des mesures gouvernementales qui restreignent cette forme de publicité ne restreignent la garantie que si l'activité visée est elle-même protégée. Ainsi, par exemple, dans les arrêts *Renvoi relatif à la Public*

Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460, the majority of the Court found that freedom of association did not include the right to strike. The activity itself was not within the sphere protected by s. 2(d); therefore the government action in restricting it was not contrary to the *Charter*. The same procedure must be followed with respect to an analysis of freedom of expression; the first step to be taken in an inquiry of this kind is to discover whether the activity which the plaintiff wishes to pursue may properly be characterized as falling within "freedom of expression". If the activity is not within s. 2(b), the government action obviously cannot be challenged under that section.

The necessity of this first step has been described, with reference to the narrower concept of "freedom of speech", by Frederick Schauer in his work entitled *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982) at p. 91:

We are attempting to identify those things that one is free (or at least more free) to do when a Free Speech Principle is accepted. What activities justify an appeal to the concept of freedom of speech? These activities are clearly something less than the totality of human conduct and . . . something more than merely moving one's tongue, mouth and vocal chords to make linguistic noises.

"Expression" has both a content and a form, and the two can be inextricably connected. Activity is expressive if it attempts to convey meaning. That meaning is its content. Freedom of expression was entrenched in our Constitution and is guaranteed in the Quebec *Charter* so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection is, in the words of both the Canadian and Quebec Charters, "fundamental" because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual. Free expression was for Cardozo J. of the United States Supreme Court "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom" (*Palko v.*

Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, cette Cour, à la majorité, a conclu que la liberté d'association ne comprenait pas le droit de grève. L'activité elle-même ne relevait pas du champ protégé par l'al. 2d); par conséquent, le gouvernement n'enfreignait pas la *Charte* en la restreignant. Il faut faire le même cheminement pour l'analyse de la liberté d'expression; dans ce genre d'examen, la première étape consiste à déterminer si l'on peut dire que l'activité que souhaite poursuivre la demanderesse relève de la «liberté d'expression». Si l'activité ne relève pas de l'al. 2b), l'action gouvernementale ne peut évidemment pas être contestée en vertu de cet article.

Frederick Schauer, dans son ouvrage intitulé *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982), parle de la nécessité de cette première étape au sujet de la notion plus restreinte de «liberté de parole», à la p. 91:

[TRADUCTION] Nous tentons d'identifier les choses qu'une personne est libre (ou du moins plus libre) de faire lorsque le principe de la liberté de parole est accepté. Quelles sont les activités qui font appel à la liberté de parole? Ces activités n'englobent évidemment pas la totalité de l'activité humaine mais [...] ne se limitent pas au seul mouvement de la langue, des mâchoires et des cordes vocales pour produire des sons linguistiques.

L'«expression» possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments peuvent être inextricablement liés. L'activité est expressive si elle tente de transmettre une signification. Le message est son contenu. La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution et est garantie dans la *Charte* québécoise pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection est, selon les Chartes canadienne et québécoise, «fondamentale» parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu. Pour le juge Cardozo de la Cour suprême des États-Unis, la liberté d'expression

Connecticut, 302 U.S. 319 (1937), at p. 327); for Rand J. of the Supreme Court of Canada, it was "little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence" (*Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306). And as the European Court stated in the *Handyside* case, Eur. Court H. R., decision of 29 April 1976, Series A No. 24, at p. 23, freedom of expression:

... is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society".

We cannot, then, exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee. Of course, while most human activity combines expressive and physical elements, some human activity is purely physical and does not convey or attempt to convey meaning. It might be difficult to characterize certain day-to-day tasks, like parking a car, as having expressive content. To bring such activity within the protected sphere, the plaintiff would have to show that it was performed to convey a meaning. For example, an unmarried person might, as part of a public protest, park in a zone reserved for spouses of government employees in order to express dissatisfaction or outrage at the chosen method of allocating a limited resource. If that person could demonstrate that his activity did in fact have expressive content, he would, at this stage, be within the protected sphere and the s. 2(b) challenge would proceed.

The content of expression can be conveyed through an infinite variety of forms of expression:

était [TRADUCTION] «la matrice, l'élément essentiel de presque toute autre forme de liberté» (*Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937) à la p. 327); pour le juge Rand de la Cour suprême du Canada, elle était [TRADUCTION] «tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu» (*Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306). Et comme la Cour européenne l'affirmait dans l'affaire *Handyside*, Cour Eur. D. H., décision du 29 avril 1976, série A n° 24, à la p. 23, la liberté d'expression:

... vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique».

Nous ne pouvons donc écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie. Évidemment, bien que la plupart des activités humaines comportent à la fois des éléments d'expression et des éléments physiques, certaines activités humaines sont purement physiques et ne transmettent ni ne tentent de transmettre une signification. Il peut être difficile de dire de certaines activités quotidiennes, comme stationner une voiture, qu'elles ont un contenu expressif. Pour les faire entrer dans la sphère des activités protégées, le demandeur devrait établir qu'elles avaient pour but de transmettre un message. Par exemple, une personne célibataire pourrait, en signe de protestation publique, garer sa voiture dans une zone réservée aux conjoints des employés du gouvernement pour manifester son désaccord ou son indignation quant au moyen choisi pour répartir des ressources limitées. Si cette personne pouvait démontrer que son geste avait un contenu d'expression, elle serait, à cette étape-ci, à l'intérieur du champ d'activité protégé et on pourrait poursuivre l'examen de la contestation fondée sur l'al. 2b).

Le contenu de l'expression peut être transmis 68 une variété infinie de formes d'expression: par

for example, the written or spoken word, the arts, and even physical gestures or acts. While the guarantee of free expression protects all content of expression, certainly violence as a form of expression receives no such protection. It is not necessary here to delineate precisely when and on what basis a form of expression chosen to convey a meaning falls outside the sphere of the guarantee. But it is clear, for example, that a murderer or rapist cannot invoke freedom of expression in justification of the form of expression he has chosen. As McIntyre J., writing for the majority in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, observed in the course of discussing whether picketing fell within the scope of s. 2(b), at p. 588:

Action on the part of the picketers will, of course, always accompany the expression, but not every action on the part of the picketers will be such as to alter the nature of the whole transaction and remove it from *Charter* protection for freedom of expression. That freedom, of course, would not extend to protect threats of violence or acts of violence.

Indeed, freedom of expression ensures that we can convey our thoughts and feelings in non-violent ways without fear of censure.

The broad, inclusive approach to the protected sphere of free expression here outlined is consonant with that suggested by some leading theorists. Thomas Emerson, in his article entitled "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877, notes (at p. 886) that:

... the theory of freedom of expression involves more than a technique for arriving at better social judgments through democratic procedures. It comprehends a vision of society, a faith and a whole way of life. The theory grew out of an age that was awakened and invigorated by the idea of a new society in which man's mind was free, his fate determined by his own powers of reason, and his prospects of creating a rational and enlightened civilization virtually unlimited. It is put forward as a prescription for attaining a creative, progressive, exciting and intellectually robust community. It contemplates a mode of life that, through encouraging toleration, skepticism, reason and initiative, will allow man to realize his full potentialities. It spurns the alternative of

exemple, l'écrit et le discours, les arts et même les gestes et les actes. Quoique la garantie de la liberté d'expression protège tout contenu d'une expression, il est évident que la violence comme forme d'expression ne reçoit pas cette protection. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de définir précisément dans quel cas ou pour quelle raison une forme d'expression choisie pour transmettre un message sort du champ de la garantie. Toutefois il est parfaitement clair que, par exemple, l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi. Comme le faisait observer le juge McIntyre, au nom de la majorité, dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, lorsqu'il avait à décider si le piquetage relevait de la portée de l'al. 2b) (à la p. 588):

Cette forme d'expression sera évidemment toujours accompagnée d'actes de la part des piqueteurs, mais ce ne sont pas tous leurs actes qui auront pour effet de changer la nature de l'ensemble de l'opération et de la soustraire à la protection accordée à la liberté d'expression par la *Charte*. Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence.

En fait, la liberté d'expression est la garantie que nous pouvons communiquer nos pensées et nos sentiments, de façon non violente, sans crainte de la censure.

Cette large interprétation du champ de la liberté d'expression est conforme à celle de certains théoriciens connus. Thomas Emerson dans son article «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877, souligne (à la p. 886) que:

[TRADUCTION] ... la théorie de la liberté d'expression est plus qu'une méthode pour parvenir à de meilleurs jugements sociaux par des procédures démocratiques. Elle englobe une vision de la société, une foi et tout un mode de vie. La théorie vient d'une époque qui a trouvé son éveil et sa vigueur dans l'idée d'une nouvelle société dans laquelle la pensée était libre, le sort de l'homme était déterminé par le pouvoir de la raison et la possibilité de créer une civilisation rationnelle et éclairée était presque illimitée. Elle est présentée comme le moyen de parvenir à une société créatrice, progressiste, stimulante et intellectuellement solide. Elle envisage un mode de vie qui permettra à l'homme d'exploiter tout son potentiel en favorisant la tolérance, le scepticisme, la raison et

a society that is tyrannical, conformist, irrational and stagnant.

D. F. B. Tucker in his book *Law, Liberalism and Free Speech* (1985) describes what he calls a "deontological approach" to freedom of expression as one in which "the protected sphere of liberty is delineated by interpreting an understanding of the democratic commitment" (p. 35). It is upon precisely this enterprise that we have embarked.

Thus, the first question remains: Does the advertising aimed at children fall within the scope of freedom of expression? Surely it aims to convey a meaning, and cannot be excluded as having no expressive content. Nor is there any basis for excluding the form of expression chosen from the sphere of protected activity. As we stated in *Ford, supra*, at pp. 766-67:

Given the earlier pronouncements of this Court to the effect that the rights and freedoms guaranteed in the Canadian Charter should be given a large and liberal interpretation, there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s. 2(b) of the Charter.

Consequently, we must proceed to the second step of the inquiry and ask whether the purpose or effect of the government action in question was to restrict freedom of expression.

It bears repeating that in *Ford*, the discussion of commercial expression ended at this first stage. The Court had already found that the aim of ss. 58 and 69 of the *Charter of the French Language* was to prohibit the use of one's language of choice. The centrality of choice of language to freedom of expression transcends any significance that the context in which the expression is intended to be used might have. It was therefore unnecessary in that case to inquire further whether the restriction of commercial expression limited freedom of expression.

C. The Second Step: Was the Purpose or Effect of the Government Action to Restrict Freedom of Expression?

Having found that the plaintiff's activity does fall within the scope of guaranteed free expression,

l'initiative. Elle écarte l'idée d'une société tyrannique, conformiste, irrationnelle et stagnante.

D. F. B. Tucker, dans son ouvrage *Law, Liberalism and Free Speech* (1985), aborde la liberté d'expression selon une approche qu'il qualifie de «déontologique» où [TRADUCTION] «la sphère de liberté protégée est délimitée par l'interprétation d'une vision de l'engagement démocratique» (p. 35). C'est précisément dans cette voie que nous sommes engagés.

La première question demeure: La publicité destinée aux enfants entre-t-elle dans le champ de la liberté d'expression? Il est certain qu'elle vise à transmettre une signification et qu'elle ne peut être écartée pour n'avoir pas de contenu expressif. Il n'y a aucune raison non plus d'exclure la forme d'expression choisie du champ des activités protégées. Comme nous le disions dans *Ford*, précité, aux pp. 766 et 767:

Étant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne* doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*.

Par conséquent, il nous faut passer à la deuxième étape de l'examen et nous demander si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale visée était de restreindre la liberté d'expression.

Il faut répéter que, dans l'arrêt *Ford*, l'analyse de l'expression commerciale a pris fin à cette première étape. La Cour avait déjà conclu que les art. 58 et 69 de la *Charte de la langue française* visaient à interdire l'usage de la langue de son choix. L'importance primordiale du choix de la langue pour la liberté d'expression transcende l'importance que pourrait avoir le contexte dans lequel on veut utiliser l'expression. Il était donc inutile dans *Ford*, de pousser l'analyse pour décider si la restriction de l'expression commerciale limitait la liberté d'expression.

C. La deuxième étape: l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale était-il de restreindre la liberté d'expression?

Ayant décidé que l'activité de la demanderesse relève du champ d'application de la garantie de la

it must next be determined whether the purpose or effect of the impugned governmental action was to control attempts to convey meaning through that activity. The importance of focussing at this stage on the purpose and effect of the legislation is nowhere more clearly stated than in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 331-32 where Dickson J. (as he then was), speaking for the majority, observed:

In my view, both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation. All legislation is animated by an object the legislature intends to achieve. This object is realized through the impact produced by the operation and application of the legislation. Purpose and effect respectively, in the sense of the legislation's object and its ultimate impact, are clearly linked, if not indivisible. Intended and actual effects have often been looked to for guidance in assessing the legislation's object and thus, its validity.

Moreover, consideration of the object of legislation is vital if rights are to be fully protected. The assessment by the courts of legislative purpose focuses scrutiny upon the aims and objectives of the legislature and ensures they are consonant with the guarantees enshrined in the *Charter*. The declaration that certain objects lie outside the legislature's power checks governmental action at the first stage of unconstitutional conduct. Further, it will provide more ready and more vigorous protection of constitutional rights by obviating the individual litigant's need to prove effects violative of *Charter* rights. It will also allow courts to dispose of cases where the object is clearly improper, without inquiring into the legislation's actual impact.

Dickson J. went on to specify how this inquiry into purpose and effects should be carried out (at p. 334):

In short, I agree with the respondent that the legislation's purpose is the initial test of constitutional validity and its effects are to be considered when the law under review has passed or, at least, has purportedly passed the purpose test. If the legislation fails the purpose test, there is no need to consider further its effects, since it has already been demonstrated to be invalid. Thus, if a law with a valid purpose interferes by its impact, with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability

liberté d'expression, il faut maintenant décider si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale contestée était de contrôler la transmission d'une signification par cette activité. Nulle part l'importance, à cette étape, d'une analyse de l'objet et de l'effet de la loi n'est affirmée plus clairement que dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 331 et 332, où le juge Dickson (maintenant Juge en chef), s'exprimant au nom de la majorité, a fait remarquer:

À mon avis, l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité: un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide. Toute loi est animée par un but que le législateur compte réaliser. Ce but se réalise par les répercussions résultant de l'opération et de l'application de la loi. L'objet et l'effet respectivement, au sens du but de la loi et de ses répercussions ultimes, sont nettement liés, voire inséparables. On s'est souvent référé aux effets projetés et aux effets réels pour évaluer l'objet de la loi et ainsi sa validité.

De plus, il est essentiel d'examiner le but de la loi si l'on veut que des droits soient pleinement protégés. L'évaluation par les tribunaux de l'objet d'une loi est axée sur les objectifs poursuivis par le législateur et vise à assurer leur compatibilité avec les garanties enchâssés dans la *Charte*. La déclaration que certains buts outrepassent la compétence du législateur a pour effet d'arrêter l'action du gouvernement à la première étape d'une conduite inconstitutionnelle. En outre, cela permet d'assurer une protection plus prompte et plus énergique des droits garantis par la Constitution en évitant au plaideur d'avoir à prouver l'existence d'effets qui violent des droits garantis par la *Charte*. Cela permet également aux tribunaux de statuer sur des cas où le but d'une loi est nettement abusif, sans avoir à examiner les répercussions réelles de cette loi.

Le juge Dickson a poursuivi en précisant comment cet examen de l'objet et de l'effet devrait se faire (à la p. 334):

Bref, je partage l'avis de l'intimée que le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi en cause et que ses effets doivent être pris en considération lorsque la loi examinée satisfait ou, à tout le moins, est censée satisfaire à ce premier critère. Si elle ne satisfait pas au critère de l'objet, il n'est pas nécessaire d'étudier davantage ses effets parce que son invalidité est dès lors prouvée. Donc, si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il

and possibly its validity. In short, the effects test will only be necessary to defeat legislation with a valid purpose; effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose.

If the government's purpose, then, was to restrict attempts to convey a meaning, there has been a limitation by law of s. 2(b) and a s. 1 analysis is required to determine whether the law is inconsistent with the provisions of the Constitution. If, however, this was not the government's purpose, the court must move on to an analysis of the effects of the government action.

a. Purpose

When applying the purpose test to the guarantee of free expression, one must beware of drifting to either of two extremes. On the one hand, the greatest part of human activity has an expressive element and so one might find, on an objective test, that an aspect of the government's purpose is virtually always to restrict expression. On the other hand, the government can almost always claim that its subjective purpose was to address some real or purported social need, not to restrict expression. To avoid both extremes, the government's purpose must be assessed from the standpoint of the guarantee in question. Just as the division of powers jurisprudence of this Court measures the purpose of government action against the ambit of the heads of power established under the *Constitution Act, 1867*, so too, in cases involving the rights and freedoms guaranteed by the *Canadian Charter*, the purpose of government action must be measured against the ambit of the relevant guarantee. It is important, of course, to heed Dickson J.'s warning against a "theory of shifting purpose" (*Big M Drug Mart, supra*, at p. 335): "Purpose is a function of the intent of those who drafted and enacted the legislation at the time, and not of any shifting variable." This is not to say that the degree to which a purpose remains or becomes pressing and substantial cannot change over time. In *Big M Drug Mart*, Dickson J.'s principal concern was to avoid characterizing purposes in a way that shifted over time. But it is equally true that the government cannot have had

serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide. Bref, le critère des effets n'est nécessaire que pour invalider une loi qui a un objet valable; les effets ne peuvent jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable.

Donc, si l'objet du gouvernement était de restreindre la transmission d'une signification, la loi a apporté une restriction à l'al. 2b) et il faut déterminer en vertu de l'article premier si la loi est incompatible avec les dispositions de la Constitution. Cependant, si là n'était pas l'objet du gouvernement, la Cour doit poursuivre l'analyse et examiner l'effet de l'action gouvernementale.

a. L'objet

Dans l'application du critère de l'objet à la garantie de la liberté d'expression, il faut se garder de dériver vers l'un ou l'autre de deux extrêmes. D'un côté, la plus grande part de l'activité humaine comporte un élément d'expression et l'on pourrait conclure, selon un critère objectif, que l'un des aspects de l'objet poursuivi par le gouvernement est presque toujours de restreindre l'expression. D'un autre côté, le gouvernement peut presque toujours prétendre que le but poursuivi, d'un point de vue subjectif, correspondait à un besoin social véritable ou perçu, et non de restreindre l'expression. Pour éviter ces deux extrêmes, l'objet doit être évalué du point de vue de la garantie elle-même. Tout comme la jurisprudence de cette Cour sur le partage des pouvoirs évalue l'objet de l'action gouvernementale en regard de la portée des pouvoirs établis en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de même, dans les cas relatifs aux droits et aux libertés garantis par la *Charte canadienne*, il faut évaluer l'objet de l'action du gouvernement en regard de la portée de la garantie pertinente. Évidemment, il est important de tenir compte de la mise en garde du juge Dickson contre la «théorie de l'objet changeant» (*Big M Drug Mart*, précité, à la p. 335): «L'objet d'une loi est fonction de l'intention de ceux qui l'ont rédigée et adoptée à l'époque, et non pas d'un facteur variable quelconque». Cela ne veut pas dire que la mesure dans laquelle un objet est ou devient urgent et réel ne peut changer avec le temps. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, le juge Dickson voulait

one purpose as concerns the division of powers, a different purpose as concerns the guaranteed right or freedom, and a different purpose again as concerns reasonable and justified limits to that guarantee. Nevertheless, the same purpose can be assessed from different standpoints when interpreting the division of powers, limitation of a guarantee, or reasonable limits to that guarantee.

If the government's purpose is to restrict the content of expression by singling out particular meanings that are not to be conveyed, it necessarily limits the guarantee of free expression. If the government's purpose is to restrict a form of expression in order to control access by others to the meaning being conveyed or to control the ability of the one conveying the meaning to do so, it also limits the guarantee. On the other hand, where the government aims to control only the physical consequences of certain human activity, regardless of the meaning being conveyed, its purpose is not to control expression. Archibald Cox has described the distinction as follows (*Freedom of Expression* (1981), at pp. 59-60):

The bold line . . . between restrictions upon publication and regulation of the time, place or manner of expression tied to content, on the one hand, and regulation of time, place, or manner of expression regardless of content, on the other hand, reflects the difference between the state's usually impermissible effort to suppress "harmful" information, ideas, or emotions and the state's often justifiable desire to secure other interests against interference from the noise and the physical intrusions that accompany speech, regardless of the information, ideas, or emotions expressed.

Thus, for example, a rule against handing out pamphlets is a restriction on a manner of expression and is "tied to content", even if that restriction purports to control litter. The rule aims to control access by others to a meaning being conveyed as well as to control the ability of the pamphleteer to convey a meaning. To restrict this form of expression, handing out pamphlets, entails

principalement éviter de qualifier l'objet visé d'une façon qui changerait avec le temps. Mais il est tout aussi vrai que le gouvernement n'a pu viser un objet donné dans le contexte du partage des pouvoirs, un objet différent dans le contexte du droit ou de la liberté garantie et un autre objet encore dans le contexte des limites raisonnables et justifiées à cette garantie. Par contre, le même objet peut être évalué de différents points de vue lorsqu'on interprète le partage des pouvoirs, les restrictions apportées à une garantie ou les limites raisonnables.

Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre le contenu de l'expression en écartant des messages précis qui ne doivent pas être transmis, il restreint nécessairement la garantie de la liberté d'expression. Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre une forme d'expression en vue de contrôler l'accès au message transmis ou de contrôler la possibilité pour quelqu'un de transmettre le message, il restreint également la garantie. En revanche, lorsque le gouvernement vise seulement à contrôler les conséquences matérielles de certaines activités humaines, indépendamment du message transmis, l'objet qu'il poursuit n'est pas de contrôler l'expression. Voici comment Archibald Cox fait cette distinction (*Freedom of Expression* (1981), aux pp. 59 et 60):

[TRADUCTION] La ligne de démarcation [. . .] entre les restrictions apportées à la publication et la réglementation quant au temps, au lieu et au mode d'expression liés au contenu, d'une part, et la réglementation du temps, du lieu ou du mode d'expression sans égard au contenu d'autre part, illustre la différence entre l'effort généralement injustifié de l'État de supprimer des informations, des idées ou des émotions «nuisibles» et le désir souvent justifié de l'État de protéger d'autres intérêts contre les effets du bruit et des intrusions physiques qui accompagnent la parole, sans égard aux informations, aux idées ou aux émotions exprimées.

Ainsi, par exemple, une règle qui interdit la distribution de tracts restreint un mode d'expression et est «liée au contenu», même si cette restriction a pour but de préserver la propreté d'un lieu public. La règle vise à contrôler l'accès à un message transmis ainsi qu'à contrôler la possibilité pour l'auteur du tract de transmettre un message. Restreindre le mode d'expression, c'est-à-dire la distri-

restricting its content. By contrast, a rule against littering is not a restriction "tied to content". It aims to control the physical consequences of certain conduct regardless of whether that conduct attempts to convey meaning. To restrict littering as a "manner of expression" need not lead inexorably to restricting a content. Of course, rules can be framed to appear neutral as to content even if their true purpose is to control attempts to convey a meaning. For example, in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, a municipal by-law forbidding distribution of pamphlets without prior authorization from the Chief of Police was a colourable attempt to restrict expression.

If the government is to assert successfully that its purpose was to control a harmful consequence of the particular conduct in question, it must not have aimed to avoid, in Thomas Scanlon's words ("A Theory of Freedom of Expression", in Dworkin, ed., *The Philosophy of Law* (1977), at p. 161):

a) harms to certain individuals which consist in their coming to have false beliefs as a result of those acts of expression; b) harmful consequences of acts performed as a result of those acts of expression, where the connection between the acts of expression and the subsequent harmful acts consists merely in the fact that the act of expression led the agents to believe (or increased their tendency to believe) these acts to be worth performing.

In each of Scanlon's two categories, the government's purpose is to regulate thoughts, opinions, beliefs or particular meanings. That is the mischief in view. On the other hand, where the harm caused by the expression in issue is direct, without the intervening element of thought, opinion, belief, or a particular meaning, the regulation does aim at a harmful physical consequence, not the content or form of expression.

In sum, the characterization of government purpose must proceed from the standpoint of the

bution de tracts, emporte une restriction sur son contenu. Par contre, une règle qui interdit de jeter des déchets dans la rue n'est pas une restriction «liée au contenu». Elle vise à régir les conséquences matérielles d'une activité que cette activité vise ou non à transmettre une signification. Restreindre les déchets dans les rues, en tant que «mode d'expression», ne revient pas toujours à restreindre un contenu. Il va de soi que les règlements peuvent être rédigés de façon à paraître neutres quant au contenu même si leur véritable objet est de contrôler la transmission d'un message. Par exemple, dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, on a décidé qu'un règlement municipal qui interdisait la distribution de tracts sans l'obtention préalable de l'autorisation du chef de police constituait une tentative déguisée de restreindre l'expression.

Pour que le gouvernement puisse démontrer que son but était de prévenir une conséquence préjudiciable de la conduite visée, il faut que son but n'ait pas été d'éviter, pour reprendre les propos de Thomas Scanlon («A Theory of Freedom of Expression», dans Dworkin, éd., *The Philosophy of Law* (1977), à la p. 161):

[TRADUCTION] a) que certains individus subissent un préjudice qui serait l'adoption de croyances erronées par suite de ces actes d'expression; b) que des conséquences préjudiciables se produisent par suite d'actes exécutés en raison de ces actes d'expression si le lien entre les actes d'expression et les actes préjudiciables qui s'ensuivent tient uniquement au fait que l'acte d'expression a incité les agents à croire (ou a favorisé leur tendance à croire) que ces actes valaient d'être exécutés.

Dans chacune des deux catégories établies par Scanlon, l'objet que poursuit le gouvernement est de réglementer des pensées, des opinions, des croyances ou des significations particulières. C'est le méfait visé. En revanche, lorsque le préjudice causé par l'expression en cause est direct, sans qu'aucun élément particulier de pensée, d'opinion, de croyance ou de signification n'intervienne, le règlement vise une conséquence matérielle préjudiciable et non le contenu ou la forme de l'expression.

En résumé, la qualification de l'objet du gouvernement doit se faire du point de vue de la garantie

guarantee in issue. With regard to freedom of expression, if the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity.

b. Effects

Even if the government's purpose was not to control or restrict attempts to convey a meaning, the Court must still decide whether the effect of the government action was to restrict the plaintiff's free expression. Here, the burden is on the plaintiff to demonstrate that such an effect occurred. In order so to demonstrate, a plaintiff must state her claim with reference to the principles and values underlying the freedom.

We have already discussed the nature of the principles and values underlying the vigilant protection of free expression in a society such as ours. They were also discussed by the Court in *Ford* (at pp. 765-67), and can be summarized as follows: (1) seeking and attaining the truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed. In showing that the effect of the government's action was to restrict her free expression, a plaintiff must demonstrate that her activity promotes at least one of these principles. It is not enough that shouting, for example, has an expressive element. If the plaintiff challenges the effect of government action

en cause. Pour ce qui concerne la liberté d'expression, si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'un message soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. D'autre part, s'il vise seulement à prévenir les conséquences matérielles d'une conduite particulière, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour décider si l'objet du gouvernement est simplement de prévenir des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou encore si le méfait est uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité.

b. Les effets

Même si le but poursuivi par le gouvernement n'était pas de contrôler ou restreindre la transmission d'une signification, la Cour doit encore décider si l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre la liberté d'expression de la demanderesse. À cette étape-ci, il appartient à la demanderesse d'établir que cet effet s'est produit. Pour ce faire, elle doit formuler sa thèse en tenant compte des principes et des valeurs qui sous-tendent la liberté garantie.

Nous avons déjà parlé de la nature des principes et des valeurs qui sous-tendent la protection vigilante de la liberté d'expression dans une société comme la nôtre. Cette Cour les a également examinés dans l'arrêt *Ford* (aux pp. 765 à 767) et ils peuvent se résumer ainsi: (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné. Pour démontrer que l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre sa liberté d'expression, la demanderesse doit établir que son activité favorise au moins un de ces principes. Par exemple, il ne suffirait pas de dire que des cris comportent un élément d'expres-

1989 CanLII 87 (SCC)

to control noise, presuming that action to have a purpose neutral as to expression, she must show that her aim was to convey a meaning reflective of the principles underlying freedom of expression. The precise and complete articulation of what kinds of activity promote these principles is, of course, a matter for judicial appreciation to be developed on a case by case basis. But the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing.

c. Sections 248 and 249

There is no question but that the purpose of ss. 248 and 249 of the *Consumer Protection Act* was to restrict both a particular range of content and certain forms of expression in the name of protecting children. Section 248 prohibits, subject to regulation, attempts to communicate a commercial message to persons under thirteen years of age. Section 249 identifies factors to be considered in deciding whether the commercial message in fact has that prohibited content. At first blush, the regulations exempting certain advertisements transform the prohibition into a "time, place or manner" restriction aiming only at the form of expression. According to ss. 88 to 90 of the *Regulation respecting the application of the Consumer Protection Act*, an advertisement can be aimed at children if: (1) it appears in certain magazines or inserts directed at children; (2) it announces a programme or show directed at children; or (3) it appears in or on a store window, display, container, wrapping, or label. Yet, even if all advertising aimed at children were permitted to appear in the manner specified, the restriction would be tied to content because it aims to restrict access to the particular message being conveyed. However, the regulations in question do more than just restrict the manner in which a particular content must be expressed. They also restrict content directly. Section 91 provides that even where advertisements directed at children are permitted, such advertisements must not, for example "use a superlative to describe the characteristics of goods or services" or

sion. Si la demanderesse conteste l'effet d'une action gouvernementale qui vise à réglementer le bruit, dans l'hypothèse que le but de cette action est neutre quant à l'expression, elle doit démontrer que son but est de transmettre un message qui reflète les principes qui sous-tendent la liberté d'expression. La délimitation complète et précise des types d'activités qui favorisent ces principes relève évidemment d'un examen judiciaire qui doit être fait dans chaque cas. Mais la demanderesse doit au moins décrire le message transmis et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

c. Les articles 248 et 249

Il ne fait pas de doute que l'objet des art. 248 et 249 de la *Loi sur la protection du consommateur* était de restreindre à la fois un type particulier de signification et certaines formes d'expression au nom de la protection des enfants. Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, l'art. 248 interdit la transmission d'un message commercial à des enfants de moins de treize ans. L'article 249 énonce les facteurs dont il faut tenir compte pour décider si le message commercial a réellement le contenu que la loi interdit. À première vue, le règlement qui exempté certains messages publicitaires transforme l'interdiction en une restriction quant «au moment, à l'endroit ou à la manière» qui viserait seulement la forme de l'expression. Selon les art. 88 à 90 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, un message publicitaire peut être destiné aux enfants: (1) s'il paraît dans certaines revues ou certains encarts destinés aux enfants; (2) s'il annonce une émission ou un spectacle destinés aux enfants; ou (3) s'il est constitué par une vitrine, un étalage, un contenant, un emballage ou une étiquette. Pourtant, même si toute publicité destinée aux enfants était autorisée à condition d'être faite de la manière prescrite, la restriction serait liée au contenu parce qu'elle vise à limiter l'accès au message particulier qui est transmis. Cependant, le règlement en question fait plus que restreindre la manière dont un contenu particulier doit être exprimé. Il restreint le contenu directement. L'article 91 prévoit que, même lorsque les messages publicitaires destinés aux enfants

“directly incite a child to buy or to urge another person to buy goods or services or to seek information about it”. Furthermore, it is clear from the substantial body of material submitted by the Attorney General of Quebec as well as by the interveners, Gilles Moreau, president of the Office de la protection du consommateur, that the purported mischief at which the Act and regulations were directed was the harm caused by the message itself. In combination, therefore, the Act and the regulations prohibit particular content of expression. Such a prohibition can only be justified if it meets the test under s. 1 of the Canadian *Charter* and s. 9.1 of the Quebec *Charter*.

D. Summary and Conclusion

When faced with an alleged violation of the guarantee of freedom of expression, the first step in the analysis is to determine whether the plaintiff's activity falls within the sphere of conduct protected by the guarantee. Activity which (1) does not convey or attempt to convey a meaning, and thus has no content of expression or (2) which conveys a meaning but through a violent form of expression, is not within the protected sphere of conduct. If the activity falls within the protected sphere of conduct, the second step in the analysis is to determine whether the purpose or effect of the government action in issue was to restrict freedom of expression. If the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity. If the government's purpose was not to restrict free expression, the plaintiff can still

sont permis, ces messages ne doivent pas, par exemple, «employer un superlatif pour décrire les caractéristiques d'un bien ou d'un service» ou «inciter directement un enfant à acheter ou à inviter une autre personne à acheter un bien ou un service ou à s'informer à leur sujet». En outre, il ressort clairement de la masse imposante de documents soumis par le procureur général du Québec ainsi que par l'intervenant Gilles Moreau, président de l'Office de la protection du consommateur, que le prétendu méfait que la Loi et le règlement visaient était le tort causé par le message lui-même. Par conséquent, l'effet combiné de la loi et du règlement est d'interdire un message particulier. Une telle restriction ne peut être justifiée que si elle passe l'épreuve de l'article premier de la *Charte* canadienne et de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise.

a D. Résumé et conclusion

Lorsqu'on allègue la violation de la garantie de la liberté d'expression, la première étape de l'analyse consiste à déterminer si l'activité du demandeur relève du champ des activités protégées par la garantie. Une activité qui (1) ne transmet pas ni ne tente de transmettre une signification et qui est donc expression sans contenu, ou (2) qui transmet une signification par une forme d'expression violente, ne relève pas du champ des activités protégées. Si l'activité fait partie du champ des activités protégées, la deuxième étape de l'analyse consiste à déterminer si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale en cause était de restreindre la liberté d'expression. Si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'une signification soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. Par ailleurs, si le gouvernement veut seulement prévenir les conséquences matérielles d'une conduite donnée, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour déterminer si l'objet que poursuit le gouvernement vise simplement des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou si le méfait se trouve uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité. Si le gouvernement n'avait pas pour

Francis Edmund Mervyn Lavigne *Appellant*

Francis Edmund Mervyn Lavigne *Appelant*

v.

c.

Ontario Public Service Employees Union and Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts and Technology *Respondents*

^a **Le Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario et le Conseil des gouverneurs des collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario** *Intimés*

and

^b et

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, Canadian Labour Congress, Ontario Federation of Labour, National Union of Provincial Government Employees, Confederation of National Trade Unions and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

^c **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le Congrès du travail du Canada, la Fédération du travail de l'Ontario, le Syndicat national de la fonction publique provinciale, la**
^d **Confédération des syndicats nationaux et l'Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

INDEXED AS: LAVIGNE v. ONTARIO PUBLIC SERVICE EMPLOYEES UNION

^e RÉPERTORIÉ: LAVIGNE c. SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE LA FONCTION PUBLIQUE DE L'ONTARIO

File No.: 21378.

N^o du greffe: 21378.

1990: June 18, 19; 1991: June 27.

^f 1990: 18, 19 juin; 1991: 27 juin.

Present: Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

Présents: Les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

^g EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Union entering into collective agreement with community college containing mandatory dues check-off clause — Employee objecting to expenditure of union dues on causes unrelated to collective bargaining — Whether Charter applies — Colleges Collective Bargaining Act, R.S.O. 1980, c. 74, s. 53 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1).

^h *Droit constitutionnel — Charte des droits — Demande — Convention collective intervenue entre un syndicat et un collège communautaire contenant une clause de précompte obligatoire des cotisations — Employé s'opposant à l'utilisation des cotisations syndicales pour appuyer des causes non liées à la négociation collective — La Charte s'applique-t-elle? — Loi sur la négociation collective dans les collèges, L.R.O. 1980, ch. 74, art. 53 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32(1).*

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Union entering into collective agreement with community college containing mandatory dues check-off clause — Employee objecting to expenditure of union dues on causes unrelated to collective bargaining — Whether s. 2(d) of Canadian Charter of

ⁱ *Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Convention collective intervenue entre un syndicat et un collège communautaire contenant une clause de précompte obligatoire des cotisations — Employé s'opposant à l'utilisation des cotisations syndicales pour appuyer des causes non liées à la négocia-*

1991 CanLII 68 (SCC)

Rights and Freedoms infringed — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Colleges Collective Bargaining Act, R.S.O. 1980, c. 74, ss. 51, 52, 53.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Union entering into collective agreement with community college containing mandatory dues check-off clause — Employee objecting to expenditure of union dues on causes unrelated to collective bargaining — Whether s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Colleges Collective Bargaining Act, R.S.O. 1980, c. 74, ss. 51, 52, 53.

The appellant, a community college teacher, is required to pay dues to respondent Union under a mandatory check-off clause (art. 12) in the collective agreement between it and respondent Council of Regents, the bargaining agent for college employees. Such clauses, which incorporate the Rand formula, are permitted by s. 53 of the *Colleges Collective Bargaining Act*. The appellant objected to certain expenditures made by the Union such as contributions to the NDP and disarmament campaigns and applied for declaratory relief. The trial judge declared that ss. 51, 52 and 53 of the *Colleges Collective Bargaining Act* and the provisions of the collective agreement were of no force and effect in so far as they compelled appellant to pay dues to the union for any purposes not directly related to collective bargaining. He found that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applied, that appellant's freedom of association guaranteed by s. 2(d) had been infringed and that the infringement was not justified under s. 1. There was no infringement of appellant's freedom of expression. The Court of Appeal reversed the judgment. It found that the use of the dues by the Union was a private activity by a private organization and hence beyond the reach of the *Charter*. In any event there had been no infringement of appellant's freedom of association, since he remained free to associate with others and oppose the Union. The court agreed with the trial judge's finding that appellant's freedom of expression was not infringed.

Held: The appeal should be dismissed.

tion collective — Y a-t-il violation de l'art. 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur la négociation collective dans les collèges, L.R.O. 1980, ch. 74, art. 51, 52, 53.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Convention collective intervenue entre un syndicat et un collège communautaire contenant une clause de précompte obligatoire des cotisations — Employé s'opposant à l'utilisation des cotisations syndicales pour appuyer des causes non liées à la négociation collective — Y a-t-il violation de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur la négociation collective dans les collèges, L.R.O. 1980, ch. 74, art. 51, 52, 53.

L'appelant, professeur dans un collège communautaire, est tenu de verser des cotisations au syndicat intimé en vertu d'une clause de précompte obligatoire (art. 12) de la convention collective intervenue entre le syndicat et le Conseil des gouverneurs, l'agent négociateur des employés du collège. Ces clauses, qui incorporent la formule Rand, sont permises par l'art. 53 de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*. L'appelant s'est opposé à certaines dépenses faites par le syndicat, comme des contributions au NPD et à des campagnes pour le désarmement, et a présenté une demande de jugement déclaratoire. Le juge de première instance a déclaré que les art. 51, 52 et 53 de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges* et les dispositions de la convention collective sont inopérants dans la mesure où ils obligent l'appelant à verser des cotisations au syndicat à l'une ou l'autre des fins qui ne sont pas directement liées à la négociation collective. Il a conclu que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquait, qu'il y avait eu violation de la liberté d'association que l'al. 2d) garantit à l'appelant, et que la violation n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. Il n'y avait pas violation de la liberté d'expression de l'appelant. La Cour d'appel a infirmé le jugement. Elle a conclu que l'utilisation des cotisations par le syndicat était une activité privée d'une organisation privée et donc soustraite à l'application de la *Charte*. De toute façon, le droit de l'appelant à la liberté d'association n'a pas été violé puisqu'il restait libre de s'associer à autrui et de s'opposer au syndicat. La cour a approuvé la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'y a pas eu de violation de la liberté d'expression de l'appelant.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Per La Forest, Sopinka and Gonthier JJ.: The *Charter* applies to this case since the obligation imposed on Lavigne to pay dues can be attributed to government. While it is the collective agreement, not the legislation, which compels appellant to make contributions to the Union, the Council of Regents is an emanation of government. The Minister exercises full control over all the Council's activities, including collective bargaining with college employees, who are Crown employees, and the Council is therefore a Crown agent. The government, through the Minister, has a power of routine or regular control, and the Council is thus simply part of the fabric of government. Further, the Council's agreement to the inclusion of art. 12 in the collective agreement is, by itself, government conduct. Even assuming that art. 12 was included solely at the Union's request, it is also the result of the Council's undertaking to deduct union dues at source, and the performance of that undertaking must surely qualify as government action. The *Charter* applies to government even when it engages in activities that are in form "private" or "commercial", and the provision and management of the labour force necessary for the provision of public education cannot in any event be considered commercial.

The Rand formula violates s. 2(d) of the *Charter* because it interferes with the freedom from compelled association. The essence of the s. 2(d) guarantee is protection of the individual's interest in self-actualization and fulfillment that can be realized only through combination with others. The protection of this interest and the community interest in sustaining democracy requires that freedom from compelled association be recognized under s. 2(d). Forced association will stifle the individual's potential for self-fulfillment and realization as surely as voluntary association will develop it, and society cannot expect meaningful contribution from groups or organizations that are not truly representative of their memberships' convictions and free choice. Recognition of the freedom of the individual to refrain from association is a necessary counterpart to meaningful association in keeping with democratic ideals. Thus, freedom from forced association and freedom to associate should not be viewed in opposition, one "negative" and the other "positive". They are not distinct rights, but two sides of a bilateral freedom which has as its unifying purpose the advancement of individual aspirations. Full meaning should be given to s. 2(d), even though some aspects of the freedom may be protected by other provisions of the *Charter*; individual rights and freedoms are overlapping

Les juges La Forest, Sopinka et Gonthier: La *Charte* s'applique en l'espèce puisque l'obligation imposée à Lavigne de verser des cotisations peut être attribuable au gouvernement. Bien que ce soit la convention collective, et non la loi, qui oblige l'appelant à verser des cotisations au syndicat, le Conseil des gouverneurs est une émanation du gouvernement. Le Ministre exerce le plein contrôle sur l'ensemble des activités du Conseil, y compris la négociation collective avec les employés du collège, qui sont des employés de l'État, et le Conseil est donc un mandataire de la Couronne. Le gouvernement, par l'entremise du Ministre, possède un pouvoir de contrôle routinier ou régulier, et le Conseil n'est ainsi qu'une partie de la structure gouvernementale. En outre, l'accord qu'a donné le Conseil à l'inclusion de l'art. 12 dans la convention collective est, en soi, une conduite gouvernementale. Même en supposant que l'art. 12 n'ait été inclus qu'à la demande du syndicat, il résulte également de l'engagement du Conseil de percevoir les cotisations syndicales à la source, et l'exécution de cet engagement doit certainement être qualifiée d'action gouvernementale. La *Charte* s'applique au gouvernement même lorsqu'il exerce des activités qui sont de nature «privée» ou «commerciale», et la fourniture et la gestion de la main-d'œuvre indispensable à l'éducation publique ne peuvent pas de toute façon être considérées comme commerciales.

La formule Rand viole l'al. 2d) de la *Charte* parce qu'elle entrave la liberté de ne pas s'associer avec autrui. L'essence de la garantie que comporte l'al. 2d) est la protection de l'aspiration à l'épanouissement et à l'accomplissement personnels, laquelle ne peut être réalisée qu'en association avec autrui. La protection de cette aspiration et de l'intérêt collectif dans le maintien de la démocratie exige que la liberté de ne pas être forcé de s'associer soit reconnue en vertu de l'al. 2d). L'association forcée étouffera la possibilité pour l'individu de réaliser son épanouissement et son accomplissement personnels aussi sûrement que l'association volontaire la développera, et la société ne saurait s'attendre à obtenir des contributions intéressantes de groupes ou d'associations qui ne représentent pas vraiment les convictions et le libre choix de leurs membres. La reconnaissance de la liberté de l'individu de ne pas s'associer est la contrepartie nécessaire d'une association constructive conforme aux idéaux démocratiques. Par conséquent, la liberté de ne pas être forcé de s'associer et la liberté de s'associer ne devraient pas être perçues comme opposées, l'une étant «négative» et l'autre «positive». Ce ne sont pas des droits distincts, mais les deux revers d'une liberté bilatérale qui a pour objet unificateur de promouvoir les aspirations individuelles. Il faut donner à

1991 CanLII 68 (SCC)

rather than discrete. Section 2(d) does not provide protection from all forms of involuntary association, however. It was certainly not intended to protect against the association with others that is a necessary and inevitable part of membership in a modern democratic community.

The payment of dues, which is the extent of the appellant's association with the Union, is an associative act within the meaning of s. 2(d) of the *Charter*. Dues are used to further the objects of the Union, and are essential to the Union's right to "maintain" the association, an aspect of the freedom to associate recognized under s. 2(d) of the *Charter*. The freedom of association of an individual member of a bargaining unit will be violated when he or she is compelled to pay dues that are used to support causes, ideological or otherwise, that do not directly relate to collective bargaining. This is consistent with the generous approach to be applied in interpreting rights under the *Charter*, and derives logically from the premise that the forced association is permissible when the combining of efforts of a particular group of individuals with similar interests in a particular area is required to further the collective good. When that association extends into areas outside the realm of common interest that justified its creation, it interferes with the individual's right to refrain from association. In this case, certain of the Union's expenditures violate appellant's freedom of association as they are not sufficiently related to the concerns of the bargaining unit or to the Union's functions as exclusive bargaining representative.

The limitation on appellant's freedom of association is justified under s. 1 of the *Charter*. The state objectives in compelling the payment of union dues which can be used to assist causes unrelated to collective bargaining are to enable unions to participate in the broader political, economic and social debates in society, and to contribute to democracy in the workplace. These objectives are rationally connected to the means chosen to advance them, that is the requirement that all members of a unionized workplace contribute to union coffers without any guarantee as to how their contributions will be used. The minimal impairment test is also met. An opting-out formula could seriously undermine the unions' financial base and the spirit of solidarity so important to the emotional and symbolic underpinnings of unionism. The alternative of having the government draw up guidelines as to what would be deemed valid union expenditures could give rise to the implication

l'al. 2d) son plein sens même si certains aspects de la liberté peuvent être protégés par d'autres dispositions de la *Charte*; les droits et libertés individuels se chevauchent, ils ne sont pas distincts. L'alinéa 2d) ne protège cependant pas contre toute forme d'association involontaire. Il n'a sûrement pas été conçu pour nous protéger contre l'association avec autrui qui est une composante nécessaire et inévitable de l'appartenance à une société démocratique moderne.

Le versement de cotisations, auquel se limite l'association de l'appelant avec le syndicat, est un acte d'association au sens de l'al. 2d) de la *Charte*. Les cotisations servent à promouvoir les objets du syndicat et elles sont essentielles à son droit de «maintenir» l'association, un aspect de la liberté d'association reconnue à l'al. 2d) de la *Charte*. Il y aura atteinte à la liberté d'association du membre d'une unité de négociation s'il est astreint à verser des cotisations qui sont utilisées pour appuyer des causes, idéologiques ou autres, qui ne sont pas directement liées à la négociation collective. Cela est conforme à la façon libérale d'aborder l'interprétation des droits garantis par la *Charte* et découle logiquement de la prémisses selon laquelle l'association forcée est acceptable lorsque la conjugaison des efforts d'un groupe particulier d'individus partageant des intérêts semblables dans un domaine donné est nécessaire au bien collectif. Lorsque cette association s'aventure dans des domaines extérieurs à celui de l'intérêt commun ayant justifié sa création, elle entrave le droit de l'individu de ne pas s'associer. En l'espèce, certaines des dépenses du syndicat violent la liberté d'association vu qu'elles ne sont pas suffisamment reliées aux préoccupations de l'unité de négociation ou aux fonctions du syndicat à titre d'agent négociateur exclusif.

La restriction imposée à la liberté d'association de l'appelant est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les objectifs de l'État visant à exiger le paiement de cotisations syndicales qui peuvent être utilisées pour aider des causes non reliées à la négociation collective: permettre aux syndicats de participer aux grands débats politiques, sociaux et économiques, et promouvoir la démocratie en milieu de travail. Ces objectifs ont un lien rationnel avec les moyens choisis pour les atteindre, soit l'exigence que tous les membres d'un milieu de travail syndiqué cotisent à la caisse du syndicat sans aucune garantie quant à la manière dont leurs cotisations seront utilisées. Le critère de l'atteinte minimale est également respecté. Une formule de désengagement risquerait de miner sérieusement la base financière du syndicalisme et l'esprit de solidarité si essentiel au fondement émotionnel et symbolique du syndicalisme. L'autre solution qui permettrait au gouvernement de

that union members are incapable of controlling their institutions. Given the difficulty of determining whether a particular cause is or is not related to the collective bargaining process, the courts should not involve themselves in drawing such lines on a case-by-case basis.

The appellant's contribution to the Union cannot be said to be an attempt to convey meaning, and his freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* has therefore not been infringed.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: Government action sufficient to attract *Charter* review is present in this case in so far as the adoption of the Rand formula is concerned. The *Charter* applies to acts of government entities broadly construed. An activity will also be subject to *Charter* review if it was subject to such significant government control that it may effectively be considered an act of government for *Charter* purposes. Here the Council of Regents is a Crown agent established, funded and heavily controlled by government. The provision of education at the community college level is also a function of modern government, discharged in the public interest. The college and the Council of Regents are thus part of government for purposes of s. 32(1) of the *Charter*. The fact that the impugned action is a product of the joint effort of government and a private entity, the union, does not make that action any less governmental, otherwise all government contracts would be immune from judicial review. Government action was also involved in this case since there was clear government control over the decision to apply the Rand formula to all members of the bargaining unit. Dues expenditure is not itself government action, and therefore the *Charter* does not apply to such expenditure.

Appellant's freedom of association has not been violated in this case. The purpose of s. 2(d) is to protect association for the collective pursuit of common goals. It should not be expanded to protect a right not to associate. The real harm produced by compelled association is not the fact of association but the enforced support of views, opinions or actions one does not share or approve. Sections 2(b) and 7 of the *Charter* are available to redress these harms in appropriate cases. Even if this Court were to recognize a right not to associate

concevoir des lignes directrices permettant de déterminer ce qui serait réputé constituer une dépense syndicale valide pourrait amener à conclure que les syndiqués sont incapables de gérer leurs institutions. Compte tenu de la difficulté de déterminer si une cause donnée est reliée ou non au processus de négociation collective, les tribunaux ne devraient pas s'aventurer à tracer de telles lignes de démarcation en fonction de chaque cas.

La cotisation de l'appelant au syndicat ne peut pas être considérée comme une tentative de transmettre une signification et il n'y a donc pas eu violation de la liberté d'expression que lui garantit l'al. 2b) de la *Charte*.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé: Il y a eu en l'espèce une action gouvernementale suffisante pour justifier un examen fondé sur la *Charte* en ce qui a trait à l'adoption de la formule Rand. La *Charte* s'applique aux actes des entités gouvernementales au sens large. Une activité fera également l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* si elle était assujettie à un contrôle si important de la part du gouvernement qu'elle peut en fait être considérée comme un acte gouvernemental aux fins de la *Charte*. En l'espèce, le Conseil des gouverneurs est un mandataire de l'État créé, financé et largement contrôlé par le gouvernement. L'enseignement offert dans les collèges communautaires est aussi une fonction du gouvernement contemporain, exercée dans l'intérêt public. Le collège et le Conseil des gouverneurs font donc partie du gouvernement aux fins du par. 32(1) de la *Charte*. Le fait que l'action contestée soit le produit de l'effort conjoint du gouvernement et d'une entité privée, le syndicat, n'enlève pas à l'action son caractère gouvernemental, autrement, tous les contrats du gouvernement échapperaient au contrôle judiciaire. Une action gouvernementale est en cause en l'espèce puisque le gouvernement a nettement exercé un contrôle sur la décision d'appliquer la formule Rand à tous les membres de l'unité de négociation. La dépense des cotisations ne constitue pas en soi une action gouvernementale et, par conséquent, la *Charte* ne s'applique pas à ces dépenses.

La liberté d'association de l'appelant n'a pas été violée en l'espèce. L'objet de l'al. 2d) est de protéger l'association visant la poursuite collective d'objectifs communs. Il n'y a pas lieu d'en élargir la portée de manière à protéger un droit de ne pas s'associer. Le véritable préjudice causé par l'association obligatoire n'est pas le fait de l'association, mais bien l'obligation d'appuyer des points de vue, des opinions ou des actions que l'on ne partage ou n'approuve pas. L'alinéa 2b) et l'art. 7 de la *Charte* peuvent être invoqués pour obtenir réparation

under s. 2(d), this right has not been infringed here since it cannot be broader in scope than the positive right to associate previously defined by this Court. Appellant's claim is inextricably connected to the association's objects which this Court has repeatedly said s. 2(d) does not protect.

Appellant's freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* has not been infringed. The fact that appellant is denied the right to boycott the Union's causes prevents him from conveying a meaning which he wants to convey, and the activity in which he wishes to engage therefore falls within the sphere of conduct protected by s. 2(b). Volunteering financial support is expressive for some people, and a refusal to provide monetary assistance is equally expressive. The government's intention was not to control the conveyance of meaning, however. The purpose of the Rand formula is simply to promote industrial peace through the encouragement of collective bargaining. It does not purport to align those subject to its operation with the union or any of its activities, since it specifically provides for dissent by stipulating that no member of the bargaining unit is required to become a member of the union. Nor does the Rand formula have the effect of depriving appellant of his right to express himself freely. The compelled payment of dues does not publicly identify him with the Union's activities, and does not prevent him from expressing his own views. Compelled financial support does not necessarily violate freedom of expression. The fact that appellant is obliged to pay dues pursuant to the agency shop clause in the collective agreement does not inhibit him in any meaningful way from expressing a contrary view on the merits of the causes supported by the Union.

The Rand formula would in any event meet the requirements of s. 1 of the *Charter*. The objective of the impugned legislation, which is to promote industrial peace through the encouragement of free collective bargaining, is sufficiently pressing and substantial to warrant overriding a constitutional right. Union discretion in relation to dues expenditure forms part of the means by which the legislature sought to achieve its aim, and there is a rational connection between promoting collective bargaining and permitting unions to invest dues in ways they believe will best serve their constituencies. The minimal impairment test is also met. Placing restrictions on the way in which unions may spend their

de ces préjudices dans les cas qui s'y prêtent. Même si notre Cour devait reconnaître le droit de ne pas s'associer, sous le régime de l'al. 2d), ce droit n'a pas été violé en l'espèce, puisqu'il ne peut pas avoir une portée plus grande que celle du droit positif de s'associer que notre Cour a déjà défini. La demande de l'appelant est inextricablement liée aux objets de l'association, que notre Cour a affirmé à maintes reprises ne pas être protégés par l'al. 2d).

La liberté d'expression que l'al. 2b) de la *Charte* garantit à l'appelant n'a pas été violée. Le fait que l'appelant est privé du droit de boycotter les causes appuyées par le syndicat l'empêche de transmettre un message qu'il veut transmettre, et l'activité qu'il veut exercer fait donc partie du champ des activités protégées par l'al. 2b). Le soutien financier volontaire représente pour certaines gens une forme d'expression et le refus d'apporter une aide financière est tout aussi expressif. Le gouvernement n'a cependant pas eu l'intention de contrôler la transmission d'un message. La formule Rand vise simplement à favoriser la paix industrielle par l'encouragement de la négociation collective. Elle n'a pas pour objet de contraindre ceux qui y sont soumis à s'aligner sur le syndicat ou sur l'une ou l'autre de ses activités puisqu'elle permet expressément la dissidence en stipulant qu'aucun membre de l'unité de négociation n'est tenu d'adhérer au syndicat. La formule Rand n'a pas pour effet non plus de priver l'appelant de son droit de s'exprimer librement. Le paiement forcé de cotisations n'a pas eu pour effet de l'identifier publiquement aux activités du syndicat ni de l'empêcher d'exprimer son propre point de vue. L'obligation de soutenir financièrement ne viole pas nécessairement la liberté d'expression. Le fait que l'appelant est tenu de verser des cotisations conformément à une clause de précompte syndical généralisé, contenue dans la convention collective, ne l'empêche d'aucune manière importante d'exprimer une opinion contraire sur le bien-fondé des causes que soutient le syndicat.

La formule Rand satisfait de toute façon aux exigences de l'article premier de la *Charte*. L'objectif de la disposition contestée, qui est de favoriser la paix industrielle par l'encouragement de la libre négociation collective, est suffisamment urgent et réel pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Le pouvoir discrétionnaire laissé au syndicat sur la dépense des cotisations fait partie des moyens par lesquels le législateur a cherché à réaliser son objectif et il existe un lien rationnel entre la promotion de la négociation collective et le fait de permettre aux syndicats d'investir les cotisations de la manière qu'ils estiment la plus avantageuse pour leurs commettants. Le critère de l'atteinte

dues will lead to interminable problems and jeopardize the important government objective at stake. While other means might have been available to the legislature to achieve its objective, none is clearly superior in terms of accomplishing the goal of promoting collective bargaining and respecting the rights of individual employees as far as possible. Here the violation of appellant's rights was minor. His identification, if any, with the causes supported by the Union was indirect and he was completely free to express himself on these causes as he saw fit. The impingement on appellant's *Charter* rights was thus not out of proportion to the legislature's objective in promoting collective bargaining.

Per Cory J.: The reasons of La Forest J. were agreed with on the question of what constitutes "government". In all other respects the reasons of Wilson J. were concurred with.

Per McLachlin J.: For the reasons given by La Forest J., the *Charter* applies to the activities in question in this case. There is no violation of s. 2(d), however, since the payments do not bring appellant into association with ideas and values to which he does not voluntarily subscribe. Assuming that a right not to associate exists, its purpose must be to protect the interest of individuals against enforced ideological conformity. The requirement that appellant make payments to the Union, which the Union may thereafter spend partly on causes he does not support, does not fall within this interest. Under the Rand formula, there is no link between mandatory dues payment and conformity with the ideas and values to which appellant objects. By declining to become a member of the union, the individual dissociates himself from the union's activities. Forced payments in return for services thus entail no imposition of ideological conformity. Practicality and policy support this approach, since extending s. 2(d) to cover compelled financial contributions *per se* would recognize the *prima facie* validity of a plethora of claims and put the courts into the business of assessing the justifiability of many government actions in circumstances where there may be no threat to any constitutional interest.

minimale est également respecté. Apporter des restrictions à la manière dont les syndicats peuvent dépenser les cotisations qu'ils perçoivent causera des problèmes sans fin et compromettra l'important objectif gouvernemental en jeu. Si le législateur disposait d'autres moyens pour atteindre son objectif, aucun n'était nettement supérieur pour ce qui était de réaliser le double objectif de promouvoir la négociation collective et de respecter autant que possible les droits des employés pris individuellement. En l'espèce, l'atteinte portée aux droits de l'appelant est mineure. Ce n'est qu'indirectement, à supposer que ce soit le cas, qu'il a été identifié aux causes que le syndicat appuyait et il était tout à fait libre d'exprimer son avis sur ces causes. L'atteinte portée aux droits que la *Charte* reconnaît à l'appelant n'était donc pas disproportionnée à l'objectif du législateur de promouvoir la négociation collective.

Le juge Cory: Il y a accord avec les motifs du juge La Forest quant à savoir ce qui constitue le «gouvernement». À tous les autres égards, il y a accord avec les motifs du juge Wilson.

Le juge McLachlin: Pour les motifs donnés par le juge La Forest, la *Charte* s'applique aux activités en cause. Cependant, il n'y a pas violation de l'al. 2d) puisque les paiements n'ont pas pour effet d'associer l'appelant à des idées et à des valeurs auxquelles il ne souscrit pas volontairement. Si l'on présume qu'il existe un droit de ne pas s'associer, son objet doit être la protection de l'intérêt qu'ont les individus à ne pas se voir imposer la conformité idéologique. L'obligation pour l'intimé de verser des cotisations au syndicat, dont ce dernier peut ensuite se servir en partie pour soutenir des causes qu'il réprouve ne relève pas de cet intérêt. Selon la formule Rand, il n'existe aucun lien entre le versement obligatoire et la conformité à des idées et à des valeurs auxquelles l'appelant s'oppose. En refusant de faire partie du syndicat, l'individu se dissocie des activités du syndicat. L'obligation de payer pour des services n'entraîne pas l'imposition de la conformité idéologique. Des considérations pratiques et de principe militent en faveur de ce point de vue puisque interpréter l'al. 2d) de manière à viser les contributions financières forcées, elles-mêmes, serait reconnaître la validité à première vue d'une multitude de revendications et contraindre les tribunaux à apprécier le caractère justifiable d'un grand nombre d'actions gouvernementales dans des circonstances où il peut n'exister aucune menace pour un droit constitutionnel.

The payments at issue do not constitute expression under s. 2(b) of the *Charter*.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; **referred to:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Re Bhindi and British Columbia Projectionists Local 348* (1986), 29 D.L.R. (4th) 47; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961); *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984); *Lehnert v. Ferris Faculty Association*, 114 L.Ed. 2d 572 (1991); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Lathrop v. Donohue*, 367 U.S. 820 (1961); *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

By Wilson J.

Applied: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; **disapproved:** *Re Bhindi and British Columbia Projectionists Local 348* (1985), 20 D.L.R. (4th) 386; *Re Baldwin and B.C. Government Employee's Union* (1986), 28 D.L.R. (4th) 301; **distinguished:** *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] S.C.R. 584; *Young, James and Webster v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 20; **referred to:** *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Fanshawe College of Applied Arts and Technology*, [1967] O.L.R.B. Rep. 829; *Sault College of Applied Arts and Technology*, [1985] O.L.R.B. Rep. 1293; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235; *Arlington Crane Service Ltd. v. Ontario (Minister of Labour)* (1988), 67 O.R. (2d) 225; *Re*

Les versements contestés ne constituent pas un acte d'expression au sens de l'al. 2b) de la *Charte*.

Jurisprudence

^a Citée par le juge La Forest

Arrêt appliqué: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; **arrêts mentionnés:** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Re Bhindi and British Columbia Projectionists Local 348* (1986), 29 D.L.R. (4th) 47; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961); *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984); *Lehnert v. Ferris Faculty Association*, 114 L.Ed. 2d 572 (1991); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Lathrop v. Donohue*, 367 U.S. 820 (1961); *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

Citée par le juge Wilson

Arrêt appliqué: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; **arrêts critiqués:** *Re Bhindi and British Columbia Projectionists Local 348* (1985), 20 D.L.R. (4th) 386; *Re Baldwin and B.C. Government Employee's Union* (1986), 28 D.L.R. (4th) 301; **distinction d'avec les arrêts:** *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] R.C.S. 584; *Young, James and Webster v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 20; **arrêts mentionnés:** *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Fanshawe College of Applied Arts and Technology*, [1967] O.L.R.B. Rep. 829; *Sault College of Applied Arts and Technology*, [1985] O.L.R.B. Rep. 1293; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235; *Arlington Crane Service Ltd. v. Ontario*

Pruden Building Ltd. and Construction & General Workers' Union Local 92 (1984), 13 D.L.R. (4th) 584; *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984); *Merry v. Manitoba and Manitoba Medical Association* (1989), 58 Man. R. (2d) 221; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977); *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974); *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347 (1976); *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980); *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832*, [1988] 5 W.W.R. 544; *OPSEU v. National Citizens' Coalition* (1990), 90 D.T.C. 6326; *Isabey v. Manitoba Health Services Commission*, [1986] 4 W.W.R. 310; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Prior v. Canada* (1989), 101 N.R. 401; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. U.A.W.-C.I.O.*, reprinted in 1 C.L.L.R. (CCH, 1989) (looseleaf), para. 2150; *The Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd.*, [1982] O.L.R.B. Rep. 1767; *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961); *Collymore v. Attorney-General of Trinidad and Tobago*, [1969] 2 All E.R. 1207; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284.

By Cory J.

Applied: *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Thomson Newspapers*

(*Minister of Labour*) (1988), 67 O.R. (2d) 225; *Re Pruden Building Ltd. and Construction & General Workers' Union Local 92* (1984), 13 D.L.R. (4th) 584; *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Ellis v. Brotherhood of Railway, Airline and Steamship Clerks*, 466 U.S. 435 (1984); *Merry v. Manitoba and Manitoba Medical Association* (1989), 58 Man. R. (2d) 221; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977); *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974); *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347 (1976); *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980); *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832*, [1988] 5 W.W.R. 544; *OPSEU v. National Citizens' Coalition* (1990), 90 D.T.C. 6326; *Isabey v. Manitoba Health Services Commission*, [1986] 4 W.W.R. 310; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Prior v. Canada* (1989), 101 N.R. 401; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. U.A.W.-C.I.O.*, réimprimé dans 1 C.L.L.R. (CCH, 1989) (feuilles mobiles), par. 2150; *The Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd.*, [1982] O.L.R.B. Rep. 1767; *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961); *Collymore v. Attorney-General of Trinidad and Tobago*, [1969] 2 All E.R. 1207; *Re Federal Republic of Germany and Rauca* (1983), 41 O.R. (2d) 225; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Thomson News-*

Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961).

Statutes and Regulations Cited

American Constitution, First Amendment.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), (b), (d), 7, 24(1), 32(1).
Colleges Collective Bargaining Act, R.S.O. 1980, c. 74, ss. 1(g), 2(3), 51, 52, 53, 59(2), 68, 71, 76.
Department of Education Amendment Act 1965, S.O. 1965, c. 28 [amending the *Department of Education Act*, R.S.O. 1960, c. 94].
Employment Equity Act, S.C. 1986, c. 31.
Industrial Relations Act, S.P.E.I. 1962, c. 18, s. 48.
Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212, s. 9(1).
Labour Code of British Columbia, S.B.C. 1973, c. 122, s. 151.
Labour Relations Act, 1950, S.O. 1950, c. 34.
Labour Relations Act Amendment Act, 1961, S.B.C. 1961, c. 31, s. 5.
Legislature of Ontario Proceedings, 2nd sess., 23rd Leg., March 8, 1950.
Ministry of Colleges and Universities Act, R.S.O. 1980, c. 272, ss. 4, 5.
 O. Reg. 403/69.
Prince Edward Island Labour Act, S.P.E.I. 1971, c. 35, s. 76(1)(a).
 R.R.O. 1970, Reg. 749, s. 45.
 R.R.O. 1980, Reg. 640, s. 6(1).
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 20.

Authors Cited

Aaron, Benjamin. "Some Aspects of the Union's Duty of Fair Representation" (1961), 22 *Ohio S.L.J.* 39.
 Adams, George W. *Canadian Labour Law: A Comprehensive Text*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.
 Beatty, David M. "Labour is not a Commodity". In Barry J. Reiter and John Swan, eds. *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980.
 Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on*

papers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977); *International Association of Machinists v. Street*, 367 U.S. 740 (1961).

b Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2(a), b), d), 7, 24(1), 32(1).
 Constitution des États-Unis, Premier amendement.
Déclaration universelle des droits de l'Homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 20.
Department of Education Amendment Act 1965, S.O. 1965, ch. 28 [modifiant la *Department of Education Act*, R.S.O. 1960, ch. 94].
Industrial Relations Act, S.P.E.I. 1962, ch. 18, art. 48.
Labour Code, R.S.B.C. 1979, ch. 212, art. 9(1).
Labour Code of British Columbia, S.B.C. 1973, ch. 122, art. 151.
Labour Relations Act, 1950, S.O. 1950, ch. 34.
Labour Relations Act Amendment Act, 1961, S.B.C. 1961, ch. 31, art. 5.
Legislature of Ontario Proceedings, 2nd sess., 23rd Leg., March 8, 1950.
Loi sur l'équité en matière d'emploi, S.C. 1986, ch. 31.
Loi sur la négociation collective dans les collèges, L.R.O. 1980, ch. 74, art. 1g), 2(3), 51, 52, 53, 59(2), 68, 71, 76.
Loi sur le ministère des Collèges et Universités, L.R.O. 1980, ch. 272, art. 4, 5.
 O. Reg. 403/69.
Prince Edward Island Labour Act, S.P.E.I. 1971, ch. 35, art. 76(1)a).
 R.R.O. 1970, Reg. 749, art. 45.
 R.R.O. 1980, Reg. 640, art. 6(1).

Doctrines citées

Aaron, Benjamin. «Some Aspects of the Union's Duty of Fair Representation» (1961), 22 *Ohio S.L.J.* 39.
 Adams, George W. *Canadian Labour Law: A Comprehensive Text*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.
 Beatty, David M. «Labour is not a Commodity». In Barry J. Reiter and John Swan, eds. *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980.
 Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. Les relations du travail au Canada. Rapport de l'Équipe

- Labour Relations*. Ottawa: Privy Council Office, 1968.
- Cantor, Norman L. "Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association" (1983), 36 *Rutgers L. Rev.* 3.
- Cavalluzzo, Paul J. J. "Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining and Trade Unions" (1988), 13 *Queen's L.J.* 267.
- Cox, Archibald. *Law and the National Labor Policy*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1983.
- Emerson, Thomas I. "Freedom of Association and Freedom of Expression" (1964), 74 *Yale L.J.* 1.
- Etherington, Brian. "Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 1.
- Horn, Robert. *Groups and the Constitution*. New York: AMS Press, 1971.
- Kahn-Freund, Otto. "On Uses and Misuses of Comparative Law" (1974), 37 *Mod. L. Rev.* 1.
- Little, Walter. *Collective Bargaining in the Ontario Government Service: A Report*. Toronto: s.n., 1969.
- Raggi, Reena. "An Independent Right to Freedom of Association" (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L. Law Rev.* 1.
- Swinton, Katherine. "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms". In Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswells, 1982.
- Tocqueville, Alexis de. *Democracy in America*, vol. I. Edited by Philips Bradley. New York: Alfred A. Knopf Inc., 1945.
- Tribe, Laurence H. *Constitutional Choices*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.
- Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswells, 1980.
- Weiler, Paul C. "The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law" (1990), 40 *U.T.L.J.* 117.
- spécialisée en relations de travail. Ottawa: Bureau du Conseil privé, 1968.
- Cantor, Norman L. «Forced Payments to Service Institutions and Constitutional Interests in Ideological Non-Association» (1983), 36 *Rutgers L. Rev.* 3.
- Cavalluzzo, Paul J. J. «Freedom of Association — Its Effect Upon Collective Bargaining and Trade Unions» (1988), 13 *Queen's L.J.* 267.
- Cox, Archibald. *Law and the National Labor Policy*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1983.
- Emerson, Thomas I. «Freedom of Association and Freedom of Expression» (1964), 74 *Yale L.J.* 1.
- Etherington, Brian. «Freedom of Association and Compulsory Union Dues: Towards a Purposive Conception of a Freedom to not Associate» (1987), 19 *Rev. Ottawa* 1.
- Horn, Robert. *Groups and the Constitution*. New York: AMS Press, 1971.
- Kahn-Freund, Otto. «On Uses and Misuses of Comparative Law» (1974), 37 *Mod. L. Rev.* 1.
- Little, Walter. *Collective Bargaining in the Ontario Government Service: A Report*. Toronto: s.n., 1969.
- Raggi, Reena. «An Independent Right to Freedom of Association» (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L. Law Rev.* 1.
- Swinton, Katherine. «Application de la Charte canadienne des droits et libertés». Dans Beaudoin et Tarnopolsky, *Charte canadienne des droits et libertés*, Wilson & Lafleur, 1982.
- Tocqueville, Alexis de. *De la Démocratie en Amérique*, t. I, Paris: Éditions M.-Th. Génin, Librairie de Médecis, 1951.
- Tribe, Laurence H. *Constitutional Choices*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.
- Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswells, 1980.
- Weiler, Paul C. «The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law» (1990), 40 *U.T.L.J.* 117.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 67 O.R. (2d) 536, 56 D.L.R. (4th) 474, 31 O.A.C. 40, 37 C.R.R. 193, 89 C.L.L.C. ¶14,011, setting aside White J.'s judgments (1986), 55 O.R. (2d) 449, 29 D.L.R. (4th) 321, 86 C.L.L.C. ¶14,039 and (1987), 60 O.R. (2d) 486, 41 D.L.R. (4th) 86, 87 C.L.L.C. ¶14,044 declaring that appellant's *Charter* rights had been violated. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 67 O.R. (2d) 536, 56 D.L.R. (4th) 474, 31 O.A.C. 40, 37 C.R.R. 193, 89 C.L.L.C. ¶14,011, qui a infirmé des jugements du juge White (1986), 55 O.R. (2d) 449, 29 D.L.R. (4th) 321, 86 C.L.L.C. ¶14,039 et (1987), 60 O.R. (2d) 486, 41 D.L.R. (4th) 86, 87 C.L.L.C. ¶14,044 qui concluaient à la violation de droits reconnus à l'appelant par la *Charte*. Pourvoi rejeté.

Dennis O'Connor, Q.C., Ronald Foerster and Diane Oleskiw, for the appellant.

S. T. Goudge, Q.C., and Ian McGilp, for the respondent the Ontario Public Service Employees Union.

Brenda J. Bowlby and Stephen J. Shamie, for the respondent the Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts and Technology.

E. R. Sojonky, Q.C., and M. Kinnear, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert E. Charney and S. A. Kennett, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard, for the intervener the Attorney General of Quebec.

J. Sack, Q.C., S. M. Barrett and E. Poskanzer, for the interveners the Canadian Labour Congress and the Ontario Federation of Labour.

J. Cameron Nelson and John McNamee, for the intervener the National Union of Provincial Government Employees.

Guylaine Henri, for the intervener the Confederation of National Trade Unions.

No one appeared for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The reasons of *Wilson* and *L'Heureux-Dubé JJ.* were delivered by

WILSON J.—This is an appeal from the judgment of the Ontario Court of Appeal holding that the expenditure by a union of union dues extracted from non-members pursuant to a mandatory check-off clause in a collective agreement on union-related causes did not violate either s. 2(d) or s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I. The Facts

Since 1974 the appellant has been a teaching master at the Haileybury School of Mines. He is a

Dennis O'Connor, c.r., Ronald Foerster et Diane Oleskiw, pour l'appelant.

S. T. Goudge, c.r., et Ian McGilp, pour l'intimé le Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario.

Brenda J. Bowlby et Stephen J. Shamie, pour l'intimé le Conseil des gouverneurs des collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario.

E. R. Sojonky, c.r., et M. Kinnear, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Charney et S. A. Kennett, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean Bouchard, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

J. Sack, c.r., S. M. Barrett et E. Poskanzer, pour les intervenants le Congrès du travail du Canada et la Fédération du travail de l'Ontario.

J. Cameron Nelson et John McNamee, pour l'intervenant le Syndicat national de la fonction publique provinciale.

Guylaine Henri, pour l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux.

Personne n'a comparu pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française des motifs des juges *Wilson* et *L'Heureux-Dubé* rendus par

LE JUGE WILSON—Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a décidé que l'utilisation par un syndicat des cotisations perçues auprès d'employés non syndiqués, conformément à une clause de la convention collective établissant le précompte obligatoire, pour appuyer des causes syndicalistes, ne violait ni l'al. 2d) ni l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

I. Les faits

L'appelant enseigne, depuis 1974, à l'École des mines de Haileybury. Il fait partie de l'unité de négo-

member of the academic staff bargaining unit represented by the respondent Union, OPSEU. He has never become a member of the respondent Union, nor has he been required to become a member. He has, however, been required to pay dues to the respondent Union. The dues are deducted from his pay cheque under the terms of the collective agreement between the respondent Council of Regents and OPSEU. The dues are paid into the general revenues of the Union and may be used for any purpose contemplated by the Union's constitution.

Article 4 of OPSEU's constitution sets out the aims and purposes of the organization. Specifically, the Union is required to regulate labour relations between its members and their employers, including such things as collective bargaining. General objectives of the Union include the advancement of the "common interests, economic, social and political, of the members and of all public employees, wherever possible, by all appropriate means".

Mr. Lavigne is opposed to the use of his dues to support causes which come within the broader aims of the Union's constitution. OPSEU made several contributions out of its general revenues to which the appellant objected. It is not necessary to list these contributions in any detail. Suffice it to say that donations were made to disarmament campaigns including the campaign against cruise missile testing, to a campaign opposing the expenditure of municipal funds for the SkyDome stadium in Toronto, to the National Union of Mine Workers in the United Kingdom in support of their strike, to a health care workers' union in Nicaragua, and tickets were purchased for events sponsored by the New Democratic Party. Mr. Lavigne has also drawn attention to the fact that OPSEU passed a resolution in favour of free choice with respect to abortion.

Under OPSEU's constitution certain percentages of the dues paid are paid to another organization, the National Union of Provincial Government Employees (NUPGE), which in turn pays dues to the Canadian Labour Congress (CLC). The respondent Union is also a member of the Ontario Federation of Labour

ciation du corps professoral représentée par le syndicat intimé, le SEFPO. Il n'a jamais adhéré au syndicat intimé et n'a jamais été tenu d'y adhérer. Il a cependant été obligé de verser des cotisations au syndicat intimé. Ces cotisations sont déduites de son chèque de paie en conformité avec la convention collective conclue entre le Conseil des gouverneurs intimé et le SEFPO. Elles sont versées dans les recettes générales du syndicat et peuvent être affectées à n'importe quel usage prévu dans la constitution du syndicat.

On trouve, à l'article 4 de la constitution du SEFPO, les objets de l'organisation. Le syndicat a pour mandat précis de s'occuper des relations de travail entre ses membres et leurs employeurs, et notamment de la négociation collective. Parmi les objectifs généraux du syndicat, il y a la promotion des [TRA-DUCTION] «intérêts communs des membres et de tous les employés de la fonction publique, sur les plans économique, social et politique, partout où cela est possible, et par tous les moyens appropriés».

Monsieur Lavigne s'oppose à ce que ses cotisations soient utilisées pour appuyer des causes qui relèvent des objectifs plus généraux énoncés dans la constitution du syndicat. Le SEFPO a versé, à même ses recettes générales, plusieurs contributions auxquelles l'appelant s'est opposé. Il n'est pas nécessaire d'énumérer en détail ces contributions. Qu'il suffise de dire que des dons ont été faits au profit de campagnes pour le désarmement, dont celle contre les essais de missiles de croisière, d'une campagne contre l'affectation de fonds municipaux au stade SkyDome de Toronto, du syndicat national des mineurs du Royaume-Uni en grève, et d'un syndicat de travailleurs de la santé du Nicaragua; de plus, des billets ont été achetés à l'occasion d'événements parrainés par le Nouveau Parti démocratique. Monsieur Lavigne a également signalé que le SEFPO s'était prononcé, par voie de résolution, en faveur du libre choix en matière d'avortement.

Conformément à la constitution du SEFPO, un certain pourcentage des cotisations retenues sont versées à une autre organisation, le Syndicat national de la fonction publique provinciale (SNFPP) qui, à son tour, verse des cotisations au Congrès du travail du Canada (CTC). Le syndicat intimé fait aussi partie de

content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity. If the government's purpose was not to restrict free expression, the plaintiff can still claim that the effect of the government's action was to restrict her expression. To make this claim, the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing. [Emphasis in original.]

The test articulated in *Irwin Toy* has formed the basis of this Court's approach to freedom of expression questions: see *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; and *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232. It is to be noted, however, that this test was framed in the context of governmental restrictions on expression and not, as in the present case, in the context of "forced" expression. Thus, the first issue which must be addressed is whether it is appropriate to apply *Irwin Toy* in this case.

In my view, the approach to s. 2(b) developed in *Irwin Toy* is sound. It begins by asking whether it is "expression" in which a plaintiff wishes to engage, and, if the answer to that question is yes, it then turns to the issue of how government has impeded that desire. Thus, the first branch of the test focuses on the plaintiff and questions whether the activity in which he or she wishes to participate is expression. The second branch logically concerns the impact of the impugned law. If the "purpose" of the law is aimed at controlling expression, a violation of s. 2(b) is automatic. On the other hand, if the aim of the legislature was not directed at controlling expression, then the plaintiff must cross a further hurdle in order to establish an infringement of his or her *Charter*

gnant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. Par ailleurs, si le gouvernement veut seulement prévenir les conséquences matérielles d'une conduite donnée, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour déterminer si l'objet que poursuit le gouvernement vise simplement des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou si le méfait se trouve uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité. Si le gouvernement n'avait pas pour objet de restreindre la liberté d'expression, le demandeur peut encore prétendre que l'effet de l'action du gouvernement était de restreindre son expression. Pour établir cette prétention, le demandeur doit au moins décrire la signification transmise et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels. [Souligné dans l'original.]

Le critère formulé dans *Irwin Toy* a servi de fondement à la façon dont notre Cour aborde les questions de la liberté d'expression: voir *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, et *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232. Il faut cependant souligner que ce critère a été énoncé dans le contexte de restrictions gouvernementales apportées à l'expression et non pas, comme en l'espèce, dans le contexte de l'expression «forcée». Il faut donc en premier lieu décider s'il y a lieu d'appliquer l'arrêt *Irwin Toy* en l'espèce.

À mon avis, la façon d'aborder l'al. 2b) mise au point dans *Irwin Toy* est bien fondée. Il faut d'abord se demander si l'activité envisagée par le demandeur est bien une «expression» et, si la réponse est affirmative, il faut alors voir de quelle manière le gouvernement l'a entravée. Le premier volet du critère porte donc sur le demandeur et sur la question de savoir si l'activité qu'il veut exercer constitue une expression. Le deuxième volet concerne logiquement l'effet de la loi contestée. Si l'«objet» de la loi est de contrôler l'expression, il en découle *ipso facto* une violation de l'al. 2b). Par contre, si la loi ne vise pas à contrôler l'expression, le demandeur doit surmonter un autre obstacle pour démontrer la violation de son droit reconnu par la *Charte*. Dans ce type d'affaire, il ne

right. In such cases, it is not sufficient that the law has some "effect" on expression. The plaintiff must demonstrate that the meaning which he or she wishes to convey relates to the purposes underlying the guarantee of free expression. And there is a clear foundation for the addition of this extra step. Because the word "expression" in s. 2(1*) has been broadly construed, most laws will have some impact on expression, intended or otherwise. Given this, it makes very good sense to ensure that unintended effects do not receive constitutional protection unless they strike at the heart of s. 2(b).

How do these principles fit in cases where, instead of restricting expression, government is compelling expression? It seems to me that as long as the activity in which a plaintiff wishes to engage falls within the protected sphere of activity, the first step will be satisfied. If the government's purpose was to put a particular message into the mouth of the plaintiff, as is metaphorically alleged to be the case here, the action giving effect to that purpose will run afoul of s. 2(b). If, on the other hand, the government's purpose was otherwise but the effect of its action was to infringe the plaintiff's right of free expression, then the plaintiff must take the further step and demonstrate that such effect warrants constitutional disapprobation. It seems to me therefore that the interpretive approach established in *Irwin Toy* readily lends itself to the analysis of claims based on compelled expression and I will follow it in my approach to s. 2(b) in this case.

(a) The First Step

The first step, then, is to ask whether the activity in which the appellant wishes to engage falls within the sphere of conduct protected by s. 2(b), i.e., whether the activity conveys a meaning and, if so, whether the expression takes an acceptable form. With respect to the question of the form of the expression, this Court has stated that certain manifestations of expressive behaviour will not be protected by the *Charter*. The quintessential example of the unprotected form is physical violence, an example which was initially cited by McIntyre J. in *Dolphin Delivery*, *supra*, and was applied in the later case of *R. v. Keegstra*, *supra*. No difficulty is posed by the form of expression involved in the present appeal.

suffit pas que la loi ait un «effet» sur l'expression. Le demandeur doit montrer que la signification qu'il veut transmettre se rapporte aux objectifs qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression. L'ajout de cette étape supplémentaire repose sur un motif évident. Parce que le mot «expression» utilisé à l'al. 2b) a reçu une interprétation large, la plupart des lois ont un effet sur l'expression, que cela soit voulu ou non. Vu cet état de choses, il est tout à fait logique que l'on s'assure que les effets non voulus ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle, sauf s'ils portent sur le fond même de l'al. 2b).

De quelle manière ces principes s'appliquent-ils dans les cas où le gouvernement, au lieu de restreindre l'expression, impose l'expression? Il me semble que, dans la mesure où l'activité que le demandeur veut exercer relève du champ des activités protégées, la première épreuve est passée. Si l'objet que poursuivait le gouvernement était de faire dire des choses particulières au demandeur, pour formuler métaphoriquement l'allégation faite en l'espèce, l'action servant à réaliser cet objet est contraire à l'al. 2b). Si, par contre, l'objet du gouvernement était autre, mais que son action a eu pour effet de violer le droit du demandeur à la liberté d'expression, le demandeur doit encore montrer que cet effet justifie la désapprobation constitutionnelle. Il me semble donc que la méthode d'interprétation établie dans l'arrêt *Irwin Toy* se prête aisément à l'analyse des demandes fondées sur l'expression imposée et je vais la suivre en examinant l'application de l'al. 2b) en l'espèce.

a) La première étape

La première étape de l'analyse est donc de déterminer si l'activité que veut exercer le demandeur fait partie du champ des activités protégées par l'al. 2b), c'est-à-dire si l'activité transmet une signification et, le cas échéant, si la forme d'expression est acceptable. Quant à la question de la forme d'expression, notre Cour a décidé que certaines formes de conduite expressive ne sont pas protégées par la *Charte*. Le meilleur exemple de forme non protégée est la violence physique, exemple cité en premier par le juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, et repris dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité. La forme d'expression en cause dans ce pourvoi ne soulève aucun problème.

With respect to the question whether the activity conveys a meaning, it is by now quite clear that all meanings, however repugnant and regardless of their impact, are protected by s. 2(b). Thus, in *R. v. Keegstra*, Dickson C.J., writing for the majority, observed that even expression which is inimical to the preservation and promotion of other *Charter* values is not excluded from the ambit of s. 2(b). The idea that the guarantee of freedom of expression extends to all messages was perhaps most aptly put by the Court in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 968:

Freedom of expression was entrenched in our Constitution . . . so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream.

Even although the Court has interpreted s. 2(b) in this generous way, it has not so far suggested that any activity which conveys meaning automatically falls within its compass. This point was made in *Irwin Toy* at p. 969:

We cannot, then, exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee. Of course, while most human activity combines expressive and physical elements, some human activity is purely physical and does not convey or attempt to convey meaning. It might be difficult to characterize certain day-to-day tasks, like parking a car, as having expressive content. To bring such activity within the protected sphere, the plaintiff would have to show that it was performed to convey a meaning. For example, an unmarried person might, as part of a public protest, park in a zone reserved for spouses of government employees in order to express dissatisfaction or outrage at the chosen method of allocating a limited resource. If that person could demonstrate that his activity did in fact have expressive content, he would, at this stage, be within the protected sphere and the s. 2(b) challenge would proceed.

Pour ce qui est de la question de savoir si l'activité transmet une signification, il est maintenant manifeste que toutes les significations, si répugnantes soient-elles et peu importe leur effet, sont protégées par l'al. 2b). Ainsi, dans *R. c. Keegstra*, le juge en chef Dickson fait observer, au nom de la majorité, que même l'expression défavorable à la préservation et à la promotion d'autres valeurs consacrées dans la *Charte* n'est pas soustraite à la portée de l'al. 2b). C'est peut-être dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, que la Cour a formulé avec le plus de justesse l'idée que la garantie de la liberté d'expression englobe tous les messages (à la p. 968):

La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution [. . .] pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles.

Même si la Cour a interprété l'al. 2b) de cette manière généreuse, elle n'est jamais allée jusqu'à laisser entendre que toute activité qui transmet une signification relève automatiquement de cette disposition. C'est la remarque qu'elle fait dans *Irwin Toy*, à la p. 969:

Nous ne pouvons donc écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie. Évidemment, bien que la plupart des activités humaines comportent à la fois des éléments d'expression et des éléments physiques, certaines activités humaines sont purement physiques et ne transmettent ni ne tentent de transmettre une signification. Il peut être difficile de dire de certaines activités quotidiennes, comme stationner une voiture, qu'elles ont un contenu expressif. Pour les faire entrer dans la sphère des activités protégées, le demandeur devrait établir qu'elles avaient pour but de transmettre un message. Par exemple, une personne célibataire pourrait, en signe de protestation publique, garer sa voiture dans une zone réservée aux conjoints des employés du gouvernement pour manifester son désaccord ou son indignation quant au moyen choisi pour répartir des ressources limitées. Si cette personne pouvait démontrer que son geste avait un contenu d'expression, elle serait, à cette étape-ci, à l'intérieur du champ d'activité protégé et on pourrait poursuivre l'examen de la contestation fondée sur l'al. 2b).

The distinction between expression and expressionless activity is illustrated by the decision in the companion appeal of *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712. In that case, the appellant Ford sought to challenge Quebec's language bill which required that public signs, commercial advertising and firm names be posted solely in the French language. Among the issues which the Court had to determine was whether freedom of expression was infringed through restriction on the use of language. The Court found that it was, saying at pp. 748-49:

Language is so intimately related to the form and content of expression that there cannot be true freedom of expression by means of language if one is prohibited from using the language of one's choice. Language is not merely a means or medium of expression; it colours the content and meaning of expression. It is, as the preamble of the *Charter of the French Language* itself indicates, a means by which a people may express its cultural identity.

To date, only one activity has been found to be beyond the protective reach of s. 2(b). In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code, supra*, the majority of this Court dismissed the argument that the activity prohibited by s. 193 of the *Code* (keeping a common bawdy-house) was protected expression under the *Charter*. Indeed, the majority gave the submission very short shrift, remarking at p. 1206: "I do not believe that 'expression' as used in s. 2(b) of the *Charter* is so broad as to capture activities such as keeping a common bawdy-house".

Thus, while the Court has stated its unwillingness to pick and choose between "good" and "bad" meanings within the context of s. 2(b), preferring to leave the exercise of balancing competing values to s. 1 of the *Charter*, it has not gone so far as to say that any activity which potentially conveys meaning is protected by freedom of expression. And this is not surprising since to so hold would certainly trivialize a fundamental guarantee which has been described as the cornerstone of democracy.

La distinction entre l'activité qui exprime quelque chose et l'activité dénuée de contenu expressif est illustrée par la décision rendue dans le pourvoi connexe *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712. Dans cette affaire, l'appelant Ford a contesté la loi québécoise sur la langue exigeant que l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales soient en français seulement. Parmi les questions soumises à la Cour, figurait celle de savoir si la restriction imposée à l'utilisation de sa langue violait la liberté d'expression. La Cour a répondu par l'affirmative, disant aux pp. 748 et 749:

La langue est si intimement liée à la forme et au contenu de l'expression qu'il ne peut y avoir de véritable liberté d'expression linguistique s'il est interdit de se servir de la langue de son choix. Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression. Comme le dit le préambule de la *Charte de la langue française* elle-même, c'est aussi pour un peuple un moyen d'exprimer son identité culturelle.

Jusqu'à ce jour, l'on a jugé qu'une seule activité ne bénéficiait pas de la protection de l'al. 2b). Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité, notre Cour, à la majorité, a repoussé l'argument voulant que l'activité interdite par l'art. 193 du *Code* (tenue d'une maison de débauche) soit une forme d'expression protégée par la *Charte*. En effet, la majorité a rejeté sommairement cet argument, faisant remarquer, à la p. 1206: «Je ne crois pas que le terme «expression», tel qu'il est utilisé à l'al. 2b) de la *Charte*, soit assez large pour englober des activités comme la tenue d'une maison de débauche».

Par conséquent, si la Cour a affirmé qu'elle n'était pas disposée à classer les significations en «bonnes» et en «mauvaises» dans le contexte de l'al. 2b), préférant laisser le soin de soupeser les valeurs opposées dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*, elle n'est pas allée jusqu'à dire que toute activité susceptible de transmettre une signification est protégée par la liberté d'expression. Cela n'a rien d'étonnant, car conclure ainsi aurait certainement pour effet de banaliser une garantie fondamentale qui a été qualifiée de pierre angulaire de la démocratie.

It must therefore be determined whether the activity in which the appellant wishes to engage conveys a meaning. The nub of Mr. Lavigne's argument is that the scheme of mandatory dues check-off deprives him of his right to refuse to support the Union and the causes it supports. He says, in effect, that it deprives him of the right to take a contrary position on these causes or to refrain from taking any position on them at all. It compels him, he submits, to be identified with them and therefore conveys a meaning in the sense discussed in *Irwin Toy*.

It was noted in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code, supra*, that silence may in certain circumstances constitute expressive activity within the meaning of s. 2(b). At page 1184 Lamer J. said:

Obviously, almost all human activity combines expressive and physical elements. For example sitting down expresses a desire not to be standing. Even silence, the apparent antithesis of expression, can be expressive in the sense that a moment's silence on November 11 conveys a meaning.

I do not think that Lamer J. was saying in this passage that silence in general conveys a meaning but that it may in some special circumstances such as the two minutes' silence on Armistice Day. Silence can, indeed, in some circumstances speak louder than words but the question raised by the plaintiff as far as silence is concerned is whether his s. 2(b) right to freedom of expression includes a right to take no position as well as a right to take a contrary position.

I do not consider it necessary in this case to decide whether freedom of expression under s. 2(b) encompasses a right not to express oneself at all on an issue since it seems to me clear that the essence of Mr. Lavigne's complaint is not that he wishes to take a neutral or no position in relation to some of the causes supported by the Union but that he is vigorously opposed to some of them and objects to being compelled, as he says, to be identified with them through the payment of the equivalent of union dues. His objection, as I understand it, is to being com-

Il faut donc décider si l'activité que l'appellant veut exercer transmet une signification. Monsieur Lavigne soutient pour l'essentiel que le système du précompte obligatoire des cotisations syndicales le prive de son droit de refuser d'appuyer le syndicat et les causes qu'il soutient. Il dit, en fait, qu'il le prive du droit d'adopter un point de vue contraire sur ces causes ou de s'abstenir de prendre position sur celles-ci. Ce système, soutient-il, le force à s'identifier à ces causes et il transmet donc une signification au sens où l'entendait la Cour dans *Irwin Toy*.

Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité, on souligne que le silence peut, dans certains cas, constituer une activité expressive au sens de l'al. 2b). Le juge Lamer affirme, à la p. 1184:

Il est évident que presque toute l'activité humaine comporte à la fois des éléments expressifs et physiques. Par exemple, le fait de s'asseoir exprime le désir de ne pas rester debout. Même le silence, l'antithèse apparente de l'expression, peut être expressif en ce sens qu'une minute de silence le 11 novembre transmet une signification.

Je pense que ce que le juge Lamer a voulu dire par là est non pas que le silence en général transmet une signification, mais plutôt que ce peut être le cas dans des circonstances spéciales comme lorsque l'on observe deux minutes de silence le jour du Souvenir. Le silence peut vraiment, dans certains cas, être plus éloquent que la parole, mais la question soulevée par le demandeur, en ce qui a trait au silence, est celle de savoir si le droit à la liberté d'expression que lui confère l'al. 2b) inclut le droit de ne pas prendre position et le droit de défendre une position contraire.

Je n'estime pas nécessaire en l'espèce de décider si la liberté d'expression reconnue à l'al. 2b) englobe le droit de ne pas se prononcer sur une question puisqu'il me semble évident que l'essentiel de la plainte de M. Lavigne réside non pas dans le fait qu'il veut rester neutre ou s'abstenir de prendre position par rapport à certaines des causes soutenues par le syndicat, mais dans le fait qu'il s'oppose avec vigueur à certaines d'entre elles et qu'il s'objecte à être forcé, comme il l'affirme, à s'identifier à ces causes par le versement de sommes équivalant aux cotisations syn-

pelled to say something rather than to being denied the right to say nothing.

There is no question in my mind that the Union's contributions to various purposes convey meaning for it. Similarly, for some members of the bargaining unit represented by OPSEU the contribution of dues to the Union signifies for them support for the Union and perhaps more generally for the union movement and the interests it supports. Clearly, therefore, volunteering financial support is expressive for such people. Particularly in this day and age where money is an extremely powerful way of expressing support, the channelling of contributions is expressive indeed. It is also unquestionably true that a refusal to provide monetary assistance, to boycott, in other words, is equally expressive. I agree, therefore, with the appellant that the fact that he is denied the right to boycott the Union's causes prevents him from conveying a meaning which he wants to convey. The real question, however, is whether it is the action of government which has in either purpose or effect impinged upon this expressive activity.

(b) The Second Step

What was the purpose behind the government action in this case? I think it clear that it was never the intention of government in enacting the impugned sections of the *Colleges Collective Bargaining Act*, or in agreeing with OPSEU to incorporate the Rand formula into the collective agreement, to control the conveyance of meaning. Indeed, to suggest that it was seems to me to misapprehend the purpose of the agency shop and the vital role it plays in the regulation of Canadian labour relations.

The history behind the agency shop device in Canada demonstrates that the purpose of the Rand formula is simply to promote industrial peace through the encouragement of collective bargaining. I will have more to say on the purpose behind compulsory dues check-off schemes in my analysis of the application of s. 1 of the *Charter* later in these reasons. For the moment, suffice it to say that the Rand

dicales. Si je ne m'abuse, il s'oppose à ce qu'on l'oblige à dire quelque chose et non à ce qu'on le prive du droit de ne rien dire.

^a Il ne fait aucun doute, selon moi, que les contributions versées par le syndicat à diverses fins transmettent un message. De même, pour certains membres de l'unité de négociation représentée par le SEFPO, le versement de cotisations syndicales signifie pour eux qu'ils appuient le syndicat et peut-être, de façon plus générale, le mouvement syndical et les intérêts qu'il défend. De toute évidence, le soutien financier volontaire représente pour ces gens une forme d'expression. Surtout à notre époque où l'argent constitue un moyen très puissant pour exprimer son appui, la canalisation des contributions ressortit vraiment à l'expression. Il ne fait en outre pas de doute que le refus d'apporter son aide financière, autrement dit, le boycott, est tout aussi expressif. Je conviens donc avec l'appelant que la privation du droit de boycotter les causes appuyées par le syndicat l'empêche de transmettre un message qu'il veut transmettre. La question véritable est cependant de savoir si c'est l'action du gouvernement qui, par son objet ou son effet, a entravé cette activité expressive?

b) La deuxième étape

^f Quel était l'objet de l'action gouvernementale en l'occurrence? Il apparaît, à mon sens, que le gouvernement n'a jamais eu l'intention, en adoptant les dispositions contestées de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges* ou en convenant avec le SEFPO d'incorporer la formule Rand dans la convention collective, de contrôler la transmission d'un message. En effet, affirmer que telle était son intention, c'est, à mon avis, se méprendre sur l'objet du précompte syndical généralisé et sur le rôle vital qu'il joue dans la réglementation des relations de travail au Canada.

ⁱ L'histoire du mécanisme de précompte syndical généralisé au Canada nous enseigne que la formule Rand vise simplement à favoriser la paix industrielle par l'encouragement de la négociation collective. Je ferai d'autres observations sur l'objectif qui sous-tend les systèmes de précompte obligatoire de cotisations syndicales lorsque j'analyserai, plus loin dans ces motifs, l'application de l'article premier de la

formula is but one aspect of a complex legislative regime which attempts to strike a balance between the interests of capital and labour. The Rand formula has grown in popularity in this country precisely because it is a fair means to achieve that balance without which collective bargaining cannot succeed. Compulsory dues check-off is a means by which to shore up union strength in bargaining relationships plagued by inequality. Its success in Canada has stemmed from the fact that in enhancing union security it does not work to suppress expression but to foster it.

Why is this so? Viewed closely, it is evident that there is nothing about the agency shop which purports to align those subject to its operation with the union or any of its activities. Indeed, the Rand formula specifically provides for dissent by stipulating that no member of the bargaining unit is required to join and thereby become a member of the union. Free expression was thus enhanced by giving unionists and non-unionists alike a voice in the administration of the employment relationship.

But does the Rand formula have the effect of depriving the appellant of his right to express himself freely? In *Irwin Toy*, as I indicated earlier, this Court held that, where a law only incidentally affects freedom of expression, a plaintiff, in order to reap the benefit of s. 2(b), must show that the expression in which he or she wishes to engage feeds the purpose behind the guarantee. In this case the courts below found that Mr. Lavigne's freedom of expression was not infringed at all. The Court of Appeal agreed (at p. 568) with the findings of White J. at trial who said at pp. 509-10:

As I see it, a possible impingement on Mr. Lavigne's freedom of expression might arise on the facts in two ways. First, there could be a curtailment of rights under s. 2(b) of the Charter if the expression of the ideology or political persuasion of the group is attributed to the reluctant fees payor. This would be of concern in the case at bar if Mr. Lavigne were to become "associated" or identified with the ideological and political causes that the Union supports by virtue of the financial contri-

Charte. Pour l'instant, qu'il suffise de dire que la formule Rand n'est que l'un des aspects d'un régime législatif complexe qui est conçu pour réaliser l'équilibre entre les intérêts du patronat et ceux des travailleurs. La popularité de la formule Rand s'est accrue dans ce pays précisément parce qu'elle constitue un moyen équitable de réaliser cet équilibre sans lequel la négociation collective est vouée à l'échec. Le précompte obligatoire de cotisations syndicales est un moyen de renforcer le pouvoir syndical dans des négociations où l'inégalité prévaut. Son succès au Canada découle du fait qu'en augmentant la sécurité syndicale, il a pour effet non pas de supprimer l'expression mais de la stimuler.

Pourquoi en est-il ainsi? Si on l'examine de près, le précompte syndical généralisé n'a manifestement pas pour objet de contraindre ceux qui y sont soumis à s'aligner sur le syndicat ou sur l'une ou l'autre de ses activités. En effet, la formule Rand permet expressément la dissidence en stipulant qu'aucun membre de l'unité de négociation n'est tenu d'adhérer au syndicat. La liberté d'expression a donc été favorisée en permettant à la fois aux syndiqués et aux non-syndiqués de dire leur mot dans l'administration des relations de travail.

Mais la formule Rand a-t-elle pour effet de priver l'appelant de son droit de s'exprimer librement? Dans *Irwin Toy*, je le répète, notre Cour a décidé que, si une loi n'a qu'un effet incident sur la liberté d'expression, le demandeur, pour bénéficier de la protection de l'al. 2b), doit montrer que l'expression à laquelle il souhaite se livrer se rapporte à l'objet qui sous-tend la garantie. En l'espèce, les tribunaux d'instance inférieure ont conclu qu'il n'y avait pas eu de violation de la liberté d'expression de M. Lavigne. La Cour d'appel a souscrit (à la p. 568) aux conclusions du juge White, qui a dit au procès, aux pp. 509 et 510:

[TRADUCTION] Selon moi, la liberté d'expression de M. Lavigne pourrait, selon les faits, être l'objet de deux types d'atteinte. Premièrement, ses droits reconnus par l'al. 2b) de la Charte pourraient être violés si l'expression de l'idéologie ou des convictions politiques du groupe est attribuée au cotisant réticent. Ce serait le cas en l'occurrence si M. Lavigne devenait «associé» ou identifié aux causes idéologiques et politiques qu'appuie le syndicat en raison des contributions financières qu'il

Elisabeth Lavoie and Jeanne To-Thanh-Hien *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada and the Public Service Commission *Respondents*

and between

Janine Bailey *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada and the Public Service Commission *Respondents*

and

Center for Research-Action on Race Relations *Intervener*

INDEXED AS: LAVOIE v. CANADA

Neutral citation: 2002 SCC 23.

File No.: 27427.

2001: June 12; 2002: March 8.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Citizenship — Preference given to Canadian citizens for employment in federal Public Service under Public Service Employment Act — Whether preference on basis of citizenship infringing equality guarantee — If so, whether preference justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Public Service Employment Act, R.S.C. 1985, c. P-33, s. 16(4)(c).

Canadian citizens receive preferential treatment in federal Public Service employment by virtue of s. 16(4)(c)

Elisabeth Lavoie et Jeanne To-Thanh-Hien *Appelantes*

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la Commission de la fonction publique *Intimées*

et entre

Janine Bailey *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la Commission de la fonction publique *Intimées*

et

Centre de recherche-action sur les relations raciales *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : LAVOIE c. CANADA

Référence neutre : 2002 CSC 23.

N° du greffe : 27427.

2001 : 12 juin; 2002 : 8 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Citoyenneté — Préférence en matière d'emploi dans la fonction publique fédérale accordée aux citoyens canadiens par la Loi sur l'emploi dans la fonction publique — La préférence fondée sur la citoyenneté porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité? — Dans l'affirmative, la préférence est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-33, art. 16(4)(c).

L'alinéa 16(4)(c) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (« LEFP ») confère aux citoyens canadiens

of the *Public Service Employment Act* (“PSEA”). The appointment of qualified persons to the Public Service is the exclusive responsibility of the Public Service Commission, as is the exercise of discretion to prefer Canadian citizens under s. 16(4)(c). Staffing takes place by either open or closed competition, the difference being that closed competitions are restricted to existing employees of the Public Service. Open competitions generally involve three stages: the inventory stage, in which persons submit applications to the Commission for general consideration; the referral stage, in which the Commission responds to departmental staffing requests by referring qualified applicants to the requesting department; and the selection stage, in which the requesting department prepares an eligibility list from the list of qualified referrals and chooses from the eligibility list. The citizenship preference at issue in this appeal occurs at the referral stage of open competitions. The appellants, foreign nationals who sought employment in the Public Service without having obtained Canadian citizenship, were, in one way or another, disadvantaged by the application of s. 16(4)(c), and challenge this provision as a violation of their equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Federal Court, Trial Division, allowed the s. 15(1) claim, but held that the legislation could be justified under s. 1 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal, in a majority judgment, dismissed the appellants’ appeal.

Held (McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé and Binnie JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 16(4)(c) of the *PSEA* is constitutional.

Per Gonthier, Iacobucci, Major, and Bastarache JJ.: Section 16(4)(c) of the *PSEA* infringes s. 15(1) of the *Charter*. The impugned provision conflicts with the purpose of s. 15(1), which is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

The integrated approach to s. 15(1) as set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* involves three broad inquiries. As to the first and second inquiries, the impugned law draws a clear distinction between citizens and non-citizens, and citizenship constitutes an analogous ground of discrimination under

un traitement préférentiel dans l’emploi dans la fonction publique fédérale. Les nominations dans la fonction publique relèvent strictement de la Commission de la fonction publique, tout comme le pouvoir discrétionnaire d’accorder la préférence aux citoyens canadiens en vertu de l’al. 16(4)c). La dotation se fait par concours public ou par concours interne, ce dernier n’étant ouvert qu’aux employés de la fonction publique. Le concours public comporte généralement trois étapes : l’établissement d’un répertoire (les candidats soumettent une demande à l’examen général de la Commission), la présentation (la Commission donne suite à la demande de dotation d’un ministère en lui présentant des candidats qualifiés) et la sélection (le ministère dresse une liste d’admissibilité à partir de la liste des candidats qualifiés présentés et fait son choix à partir de la liste d’admissibilité). La préférence fondée sur la citoyenneté en cause ici intervient à l’étape de la présentation dans le cadre d’un concours public. Les appelantes, des ressortissantes étrangères ayant postulé à des emplois dans la fonction publique sans avoir obtenu au préalable la citoyenneté canadienne, ont été défavorisées d’une manière ou d’une autre par l’application de l’al. 16(4)c), et contestent cette disposition comme violation de leurs droits à l’égalité en vertu du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Section de première instance de la Cour fédérale a fait droit au moyen fondé sur le par. 15(1), mais a jugé que la disposition pouvait être justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. La Cour d’appel fédérale a rejeté à la majorité le pourvoi des appelantes.

Arrêt (le juge en chef McLachlin et les juges L’Heureux-Dubé et Binnie sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté. L’alinéa 16(4)c) de la *LEFP* est constitutionnel.

Les juges Gonthier, Iacobucci, Major et Bastarache : L’alinéa 16(4)c) de la *LEFP* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. La disposition contestée est en conflit avec l’objet du par. 15(1), qui est d’empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l’imposition de désavantages, de stéréotypes, ou de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l’existence d’une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération.

L’approche intégrée du par. 15(1), énoncée dans *Law v. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* comporte trois grandes questions. En ce qui concerne les deux premières, la loi contestée établit une distinction nette entre citoyens et non-citoyens et la citoyenneté est un motif de discrimination analogue selon le par.

s. 15(1). The third inquiry, which determines whether the distinction is discriminatory, assesses the subjective experience of the claimant against an objective standard, having regard to four contextual factors. Of these four, the second factor explores the extent to which differential treatment may in fact be acceptable under s. 15(1): where there is a genuine relationship between the ground upon which the claim is based and the nature of the differential treatment, it may be acceptable to make certain legislative distinctions. In the context of laws whose very *raison d'être* is the definition of citizenship (as in this case), the assertion that citizens and non-citizens are so differently situated that they do not merit equal treatment, and that citizenship is a relevant (and indeed necessary) category on which unequal treatment is based, goes beyond what is contemplated in *Law*. The law or government action must take into account the particular situation of those affected, including any relative advantage or disadvantage. In this case, to the extent non-citizens are “differently situated” than citizens, it is only because the legislature has accorded them a unique legal status. The distinction is not made on the basis of any actual personal differences between individuals. If anything, the distinction places an additional burden on an already disadvantaged group. Such a distinction is impossible to square with this Court’s finding in *Andrews v. Law Society of British Columbia*. All three remaining contextual factors further militate in favour of a s. 15(1) violation. First, while the claimants in this case are all relatively well-educated, it is settled law that non-citizens suffer from political marginalization, stereotyping and historical disadvantage. Second, s. 16(4)(c) of the *PSEA* does not aim to ameliorate the predicament of a group more disadvantaged than non-citizens; rather, the comparator class in this case enjoys greater status on the whole than the claimant class. Finally, the nature of the interest in this case — namely employment — is one that warrants constitutional protection.

The *Law* factors should not however be applied too mechanically. Whether the law perpetuates the view that non-citizens are less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society is the overarching question. The *Law* methodology requires a contextualized look at how a non-citizen legitimately feels when confronted by a particular enactment. That subjective inquiry into human dignity requires the claimant to provide a rational foundation for her experience of discrimination in the sense that a reasonable person similarly situated would share that experience. In this case, the claimants felt legitimately

15(1). La troisième question, qui vise à déterminer si la distinction est discriminatoire, évalue l’expérience subjective du demandeur par rapport à une norme objective, compte tenu de quatre facteurs contextuels. Parmi les quatre, le deuxième facteur tient compte de la mesure dans laquelle la différence de traitement peut en fait être acceptable selon le par. 15(1) : lorsqu’il existe un véritable rapport entre le motif sur lequel est fondée l’allégation et la nature de la différence de traitement, il peut être acceptable d’établir certaines distinctions par voie législative. Dans le contexte de lois dont la raison d’être même est de définir la citoyenneté (comme en l’espèce), l’argument selon lequel citoyens et non-citoyens sont dans des situations tellement différentes qu’ils n’ont pas droit à un traitement égal et la citoyenneté est une catégorie pertinente (et en fait nécessaire) sur laquelle se fonde l’inégalité de traitement, va au-delà de ce que vise l’arrêt *Law*. La mesure légale ou gouvernementale doit prendre en compte la situation particulière de ceux qu’elle touche, y compris tout avantage ou désavantage relatif. En l’espèce, la situation des non-citoyens diffère de celle des citoyens uniquement parce que le législateur leur a donné un statut juridique unique. La distinction n’est pas établie en fonction de différences personnelles réelles entre les individus. Elle ne fait qu’ajouter au fardeau d’un groupe déjà défavorisé. Il est impossible de concilier une telle distinction avec la conclusion de la Cour dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*. De plus, les trois autres facteurs contextuels indiquent tous une atteinte au par. 15(1). Premièrement, bien que les appelantes en l’espèce aient toutes un niveau d’instruction relativement élevé, il est bien établi que les non-citoyens sont marginalisés sur le plan politique, font l’objet de stéréotypes et ont de tous temps été défavorisés. Deuxièmement, l’alinéa 16(4)c) de la *LEFP* n’a pas pour objet de redresser la situation d’un groupe plus défavorisé que les non-citoyens; le groupe de comparaison en l’espèce a plutôt dans l’ensemble un statut plus enviable que le groupe dont font partie les appelantes. Enfin, la nature de l’intérêt en cause, l’emploi, est de ceux qui méritent la protection constitutionnelle.

Les facteurs de l’arrêt *Law* ne doivent pas être appliqués de manière trop mécanique. La question de savoir si la loi perpétue l’opinion que les non-citoyens sont moins capables ou moins dignes d’être reconnus ou valorisés en tant qu’êtres humains ou que membres de la société canadienne est la question primordiale. La méthode de *Law* exige que l’on regarde en contexte comment un non-citoyen peut légitimement se sentir face à un texte de loi précis. Cet examen subjectif de la dignité humaine oblige le demandeur à établir le fondement rationnel de son expérience de discrimination en ce sens qu’une personne raisonnable vivant une

burdened by the idea that, having made their home in Canada, their professional development was stifled on the basis of their citizenship status. Freedom of choice in work and employment are fundamental aspects of this society and, perhaps unlike voting and other political activities, should be, in the eyes of immigrants, as equally accessible to them as to Canadian citizens.

The government has demonstrated that, on a balance of probabilities, s. 16(4)(c) is a reasonable limit on equality that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*. The objectives behind s. 16(4)(c) are sufficiently important to justify limiting the appellants' equality rights. Canada's citizenship policy embodies two distinct objectives: to enhance the meaning of citizenship as a unifying bond for Canadians, and to encourage and facilitate naturalization by permanent residents. The signal effect of the impugned provisions is not to discourage immigration but to underscore the value of citizenship. In an era of increased movement across borders, citizenship provides immigrants with a basic sense of identity and belonging. Parliament has attempted to achieve the goal of enhancing Canadian citizenship in a manner that respects cultural diversity.

With respect to rational connection, Parliament is entitled to some deference as to whether one privilege or another advances a compelling state interest. As to the first objective, Parliament's view is supported by common sense and widespread international practice, both of which are relevant indicators of a rational connection in this case. With regard to the second objective, there is a very close relationship between immigration and naturalization rates in Canada, meaning that a high proportion of immigrants choose to naturalize upon meeting the three-year residency requirement. The government's efforts to enhance the value of citizenship can reasonably be assumed to play a role.

The minimum impairment test has been met. The test asks whether there are less intrusive ways of enhancing the value of citizenship among public servants. Certain features of s. 16(4)(c) render it less intrusive than it might be: it is a preference only and not an absolute bar; it does not apply to closed competition, the most common means of staffing Public Service positions; it only applies to the referral stage of open competition; and dual citizenship is permitted in Canada, such that Canadian law does not burden non-citizens with a choice between renouncing their foreign citizenship and entering the Public Service.

situation semblable partagerait cette expérience. En l'espèce, les appelantes ont légitimement senti qu'un fardeau leur était imposé du fait que, même après avoir élu domicile au Canada, leur avancement professionnel était entravé en raison de leur statut de non-citoyennes. La liberté de choix du travail et l'emploi sont des aspects fondamentaux de la société et, contrairement peut-être au droit de vote et aux autres activités politiques, devraient, aux yeux d'un immigrant, lui être tout aussi accessibles qu'à un citoyen canadien.

L'État a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que l'al. 16(4)c) apporte à l'égalité une restriction raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*. Les objectifs de l'al. 16(4)c) sont suffisamment importants pour justifier la restriction des droits à l'égalité des appelantes. La politique canadienne de citoyenneté intègre deux objectifs distincts : valoriser la citoyenneté comme lien unissant les Canadiens, et encourager et faciliter la naturalisation des résidents permanents. L'effet insigne des dispositions contestées n'est pas de dissuader l'immigration mais de souligner la valeur de la citoyenneté. À une époque où les mouvements transfrontaliers se multiplient, la citoyenneté offre aux immigrants un sentiment fondamental d'identité et d'appartenance. Le législateur a tenté de réaliser l'objectif de valoriser la citoyenneté canadienne en respectant la diversité culturelle.

À l'égard du lien rationnel, une certaine déférence est due au législateur quant à savoir si un privilège ou un autre fait progresser un intérêt pressant de l'État. Pour le premier objectif, le choix du législateur s'appuie sur le sens commun et une pratique internationale répandue, deux indicateurs pertinents de l'existence d'un lien rationnel en l'espèce. Pour le deuxième objectif, il existe un lien très étroit entre les taux d'immigration et de naturalisation au Canada, ce qui veut dire qu'une grande proportion d'immigrants décident de se faire naturaliser après trois ans de résidence. On peut raisonnablement supposer que les mesures prises par l'État pour valoriser la citoyenneté jouent un rôle.

Le critère de l'atteinte minimale, qui consiste à déterminer s'il existe d'autres moyens moins attentatoires de valoriser la citoyenneté chez les fonctionnaires, est respecté. Certaines caractéristiques de l'al. 16(4)c) le rendent moins attentatoire qu'il pourrait l'être : il s'agit d'une préférence seulement, et non d'une exclusion totale; elle ne s'applique pas au concours interne, qui est le moyen le plus courant de doter un poste dans la fonction publique; elle ne s'applique qu'au stade de la présentation dans un concours public; et le Canada permet la double citoyenneté, de sorte que le droit canadien

While certain individuals undoubtedly fall through the cracks of s. 16(4)(c) of the *PSEA*, it is uncertain whether a reasonable alternative is available that would fill these cracks in a fair, consistent and principled manner. Parliament has conscientiously considered alternatives to s. 16(4)(c) and has chosen not to pursue them. The role of this Court is not to order that Parliament should have decided otherwise.

Finally, the infringing effects of s. 16(4)(c) do not outweigh the importance of the objective sought. The disadvantage to non-citizens relative to citizens does not appear significant: it is almost as difficult for citizens to enter the Public Service as non-citizens; promotion via open competition is a distinct possibility for non-citizens despite their disadvantage relative to their colleagues; and non-citizens who are members of the Public Service have unfettered access to closed competitions, which are by far the more conventional avenue of Public Service promotion. Absent greater evidence of the impact on the claimants' career prospects, the inconvenience suffered is not too high a price to pay for the government's right to define the rights and privileges of its citizens.

Per Arbour J.: Section 16(4)(c) of the *PSEA* does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. The appellants have failed to establish that their claim satisfies the third branch of the *Law* test for assessing equality claims. The reasonable person in circumstances similar to those of the claimants would, upon consideration of the various contextual factors set out in *Law*, conclude that s. 16(4)(c) of the *PSEA* does not offend the essential human dignity of the claimants and therefore does not discriminate.

At the heart of the third *Law* inquiry is the recognition that not all distinctions resulting in differential treatment at law can properly be said to violate equality rights under s. 15(1) of the *Charter*. An investigation into whether a legal distinction made on enumerated or analogous grounds is discriminatory is vital to that determination. The appropriate perspective from which to analyse a claim of discrimination has both a subjective and an objective component. To read out the requirement of an objective component would be to allow a claimant simply to assert without more that his or her dignity has been adversely affected by a law in order to ground a s. 15(1) claim and, in so doing, would irrevocably damage the *Law* methodology. While there may be certain legislative distinctions, such as those made on the basis of race,

n'oblige pas les non-citoyens à choisir entre leur citoyenneté étrangère et l'accès à la fonction publique. Même si certaines personnes sont certainement victimes des failles de l'al. 16(4)c) de la *LEFP*, on peut douter de l'existence d'une option raisonnable qui comblerait ces lacunes d'une manière juste, cohérente et probe. Le législateur a consciencieusement envisagé des options autres que l'al. 16(4)c) et il a décidé de ne pas les adopter. Il n'appartient pas à notre Cour de décréter que le législateur aurait dû prendre une autre décision.

Enfin, les effets attentatoires de l'al. 16(4)c) ne surpassent pas en importance l'objectif poursuivi. Le désavantage du non-citoyen par rapport au citoyen ne paraît pas important : il est presque aussi difficile pour un citoyen que pour un non-citoyen d'accéder à la fonction publique; l'avancement par voie de concours public demeure une possibilité réelle pour les non-citoyens malgré leur désavantage par rapport à leurs collègues; les non-citoyens qui sont membres de la fonction publique ont un accès inconditionnel aux concours internes qui sont le moyen le plus usité d'obtenir de l'avancement dans la fonction publique. À défaut de preuve plus soutenue des répercussions sur les perspectives de carrière des appelantes, les inconvénients subis ne représentent pas un prix trop élevé pour permettre à l'État de définir les droits et les privilèges de ses citoyens.

Le juge Arbour : L'alinéa 16(4)c) de la *LEFP* ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Les appelantes n'ont pas réussi à établir que leur allégation satisfait au troisième volet du critère de l'arrêt *Law* pour l'appréciation des revendications du droit à l'égalité. Une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle des appelantes conclurait, après examen des divers facteurs contextuels établis dans *Law*, que l'al. 16(4)c) de la *LEFP* ne porte pas atteinte à la dignité humaine essentielle des appelantes et qu'il n'est donc pas discriminatoire.

Au cœur de la troisième question de *Law* se trouve la reconnaissance du fait que les distinctions donnant lieu à une différence de traitement devant la loi ne portent pas toutes atteinte à l'égalité garantie au par. 15(1) de la *Charte*. Il est vital de déterminer si une distinction légale fondée sur un motif énuméré ou analogue est discriminatoire. Le point de vue approprié pour l'analyse d'une allégation de discrimination comporte une partie subjective et une partie objective. Exclure la partie objective reviendrait à admettre qu'il suffit, pour étayer une allégation en vertu du par. 15(1), que le demandeur affirme, sans plus, que sa dignité a souffert en raison d'une loi, ce qui porterait un tort irrévocable à la méthode adoptée dans *Law*. Même si certaines distinctions créées par la loi fondées, par exemple, sur la race, pourraient en

that can be labelled infringements of s. 15(1) without the need for a detailed investigation into whether or not they are discriminatory, this is the exception that proves the rule. In an understandable eagerness to extend equality rights as widely as possible, stripping those rights of any meaningful content must be avoided. Otherwise, the result will be the creation of an equality guarantee that is far-reaching but wafer-thin, leaving equality rights at the mercy of a diluted justificatory analysis under s. 1 in almost every case. When the subjective-objective perspective is properly applied as a necessary condition for making a finding of discrimination, it becomes more difficult to establish that one's equality rights have been infringed. It also becomes more difficult, having made a finding of discrimination, to establish that the resulting s. 15(1) violation can be justified. Freed of the need to guard the integrity of the legislative process against too easy findings of s. 15(1) infringements, the justificatory analysis under s. 1 will then be conducted with the uncompromising rigour that it was intended to have. While this approach to s. 15(1) may blur the distinction between the kinds of considerations that are appropriate under that section and the kinds of considerations that are appropriate under s. 1, the overlap is to some extent merely a function of the fact that s. 15(1) contains its own internal limitation: specifically, its differentiation between legislative distinctions and discrimination.

Virtually all liberal democracies impose citizenship-based restrictions on access to their public services. These restrictions indicate widespread international agreement that such restrictions do not implicate the essential human dignity of non-citizens and that the partial and temporary difference of treatment imposed by these restrictions is not discriminatory. An analysis of the non-exhaustive list of contextual factors suggested in *Law* further militates against a finding that s. 16(4)(c) of the *PSEA* violates the essential human dignity of reasonable non-citizens. First, while in many aspects of their lives, non-citizens in general suffer from the sort of pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, and vulnerability that s. 15(1) of the *Charter* is directed at remedying, there is doubt as to whether these specific claimants suffer from pre-existing disadvantage. On the contrary, this is in some ways a case about the maintaining of pre-existing advantage by the claimants, who want to retain all of the valuable benefits legally accruing to them as members of the European Union and citizens of other countries while claiming similar privileges and benefits afforded to Canadian citizens under an analogous legislative arrangement. Second, where the ground upon which the claim is made actually corresponds to personal differences that are relevant to the legislative purpose, the claimant will have difficulty in proving a violation of essential human

fait être qualifiées d'atteintes au par. 15(1) sans qu'il soit nécessaire d'examiner de façon détaillée si elles sont discriminatoires ou non, il s'agit de l'exception qui confirme la règle. Dans un empressement tout naturel à étendre le plus largement possible les droits à l'égalité, il faut éviter de dépouiller ces droits de tout contenu significatif. Sinon, il en résultera une garantie d'égalité de vaste étendue, mais superficielle, laissant les droits à l'égalité à la merci, dans presque tous les cas, d'une analyse de justification diluée sous le régime de l'article premier. Lorsque la perspective subjective-objective est correctement appliquée comme condition nécessaire à la constatation de la discrimination, il devient plus difficile d'établir l'atteinte à des droits à l'égalité. Il devient aussi plus difficile, après constatation d'une discrimination, d'établir que l'atteinte au par. 15(1) peut être justifiée. Libérée de la nécessité de préserver l'intégrité du processus législatif contre des constatations trop faciles d'atteintes au par. 15(1), l'analyse de la justification selon l'article premier pourrait alors être faite avec la rigueur intransigeante pour laquelle elle a été conçue. Bien que cette approche du par. 15(1) paraisse estomper la distinction entre le type de considérations qui sont appropriées sous son régime et celles qui le sont pour l'article premier, le recoupement est fonction jusqu'à un certain point du fait que le par. 15(1) comporte sa propre restriction interne : plus précisément, la différenciation entre distinctions législatives et discrimination.

Presque toutes les démocraties libérales limitent, sur le fondement de la citoyenneté, l'accès à leur fonction publique. Ces restrictions indiquent un large consensus international sur l'idée que de telles restrictions ne touchent pas la dignité humaine essentielle des non-citoyens et que la différence de traitement partielle et temporaire qu'elles imposent n'est pas discriminatoire. L'analyse de la liste non exhaustive de facteurs contextuels proposée dans *Law* milite plus avant contre la conclusion que l'al. 16(4)(c) de la *LEFP* porte atteinte à la dignité humaine essentielle de non-citoyens raisonnables. Premièrement, même si dans plusieurs aspects de leur vie, les non-citoyens en général subissent le type de désavantages, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité auxquels le par. 15(1) de la *Charte* vise à remédier, le doute est permis quant à savoir si ces appelantes en particulier souffrent d'un désavantage préexistant. Au contraire, il s'agit d'une certaine façon de la préservation d'un avantage préexistant des appelantes, qui veulent conserver tous les avantages qui leur reviennent légalement comme citoyennes de l'Union européenne et d'autres pays, tout en réclamant les privilèges et avantages similaires offerts aux citoyens canadiens dans un cadre législatif analogue. Deuxièmement, lorsque le motif sur lequel se fonde l'allégation correspond à des différences personnelles qui ont un rapport avec l'objet de la loi, le demandeur peut avoir

dignity, even if differential treatment on the basis of that ground is unjustifiable in the vast majority of cases. Citizenship is relevant to the public distribution of benefits to the extent that it tracks the class of people who have taken on correlative or reciprocal duties in exchange for the receipt of the benefits in question, such that the withholding of those benefits from non-citizens cannot constitute an affront to human dignity. Use in this case of the analogous ground of citizenship as a basis for legislating differential treatment between individuals is both: (a) unavoidable, inasmuch as legislating over matters of citizenship itself entails differential treatment between citizens and non-citizens; and (b) appropriate, inasmuch as the ground of citizenship corresponds to real personal differences between the various individuals who would claim benefits from the state. Finally, the nature and scope of the interests affected by s. 16(4)(c) of the *PSEA* are not sufficiently vital and large, nor the effects of that provision sufficiently severe and localized, to allow the claimants to successfully make out a violation of their essential human dignity. The interest at stake here falls considerably short of being an interest in work *per se*. Unlike *Andrews v. Law Society of British Columbia*, this is not a case in which the claimants are simply refused entry into their chosen profession because of their status as non-citizens. At most, what s. 16(4)(c) deprives these claimants of is a chance to enter into open competition with others for positions in the federal Public Service.

Per LeBel J.: Section 16(4)(c) of the *PSEA* does not violate s. 15 of the *Charter*. The appellants' claim does not meet the third branch of the test designed in *Law* as the citizenship preference does not affect the essential dignity of non-citizens. Whether s. 1 could justify a breach of s. 15 in this case need not be addressed. However, the approach to the *Oakes* test must reflect jurisprudential developments which acknowledge that the minimal impairment branch of the test may leave a significant margin of appreciation as to the selection of the appropriate remedies to Parliament and legislatures, provided they fall within a range of reasonable alternatives.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé and Binnie JJ. (dissenting): Section 16(4)(c) of the *PSEA* infringes s. 15(1) of the *Charter* in a way that marginalizes immigrants from the fabric of Canadian life. A law which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of the qualifications or merits

de la difficulté à prouver qu'il y a atteinte à la dignité humaine essentielle, même si la différence de traitement fondée sur ce motif est injustifiable dans la grande majorité des cas. La citoyenneté est pertinente par rapport à la distribution publique des avantages dans la mesure où elle s'attache à la catégorie de personnes qui ont assumé des obligations corrélatives ou réciproques en échange des avantages en question, de sorte que priver des non-citoyens de ces avantages ne peut être une atteinte à la dignité humaine. Le recours en l'espèce au motif analogue de la citoyenneté comme fondement de l'imposition par voie législative d'une différence de traitement est à la fois : a) inévitable, dans la mesure où le fait même de légiférer en matière de citoyenneté implique une différence de traitement entre citoyens et non-citoyens et b) approprié, dans la mesure où le motif de la citoyenneté correspond à des différences personnelles réelles entre les diverses personnes qui peuvent solliciter des avantages de l'État. Enfin, la nature et l'étendue des droits touchés par l'al. 16(4)(c) de la *LEFP* ne sont pas suffisamment essentielles et vastes, et les effets de cette disposition ne sont pas suffisamment graves et localisés pour permettre aux appelantes d'établir avec succès qu'il y a eu atteinte à leur dignité humaine essentielle. L'intérêt en cause en l'espèce est loin d'équivaloir au travail comme tel. Contrairement à *Andrews c. Law Society of British Columbia*, il ne s'agit pas d'une situation où l'on refuse aux appelantes l'accès aux professions qu'elles ont choisies, en raison de leur statut de non-citoyennes. Tout au plus, l'al. 16(4)(c) les prive d'une chance de participer avec d'autres personnes à des concours publics ouvrant des postes de la fonction publique fédérale.

Le juge LeBel : L'alinéa 16(4)(c) de la *LEFP* ne viole pas l'art. 15 de la *Charte*. La prétention des appelantes ne satisfait pas au troisième volet du critère de l'arrêt *Law* parce que la préférence fondée sur la citoyenneté ne touche pas la dignité essentielle des non-citoyens. Il n'y a pas lieu de décider si l'article premier pourrait justifier une atteinte à l'art. 15 en l'espèce. Toutefois, l'application du critère de l'arrêt *Oakes* doit tenir compte de l'évolution jurisprudentielle qui reconnaît que le volet atteinte minimale de ce critère permet de laisser au Parlement et aux législatures provinciales une marge importante d'appréciation dans le choix des réparations appropriées, pourvu qu'elles s'inscrivent à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé et Binnie (dissidents) : L'alinéa 16(4)(c) de la *LEFP* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte* d'une manière qui exclut les immigrants du tissu social canadien. Une loi qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égard aux

of individuals in the group, violates human dignity. It is Parliament's task to draft laws in relation to citizenship that comply with s. 15(1). Defining Canadian citizenship does not require that Parliament be allowed to discriminate against non-citizens. That some of the appellants in this case could have become citizens, but chose not to, does not militate against a finding of discrimination. That a person could avoid discrimination by modifying his or her behaviour does not negate the discriminatory effect. The very act of forcing some people to make such a choice violates human dignity, and is therefore inherently discriminatory.

The infringement in this case is not justified under s. 1 of the *Charter*. Assuming that enhancing citizenship and encouraging a small class of civil servants to become Canadian citizens are pressing and substantial objectives, the discrimination complained of is not rationally connected to either of these objectives. First, the impugned provision confers an advantage upon citizens by discriminating against non-citizens. Far from being rationally connected to the goal of enhancing citizenship, the impugned provision undermines this goal, by presenting Canadian citizenship as benefiting from discrimination against non-citizens, a group which this Court has long recognized as a "discrete and insular minority" deserving of protection. Secondly, the assessment that the citizenship preference seems generally to have worked as an incentive to naturalize is not persuasive. There is no evidence to suggest that high rates of naturalization were in any way attributable to the citizenship preference. That the citizenship preference confers only a minimal advantage upon citizens, because it is almost as difficult for citizens to enter the Public Service as non-citizens, militates against finding a rational connection. Finally, that citizenship requirements for civil service are a widespread international practice is neither relevant nor indicative of a rational connection. There is no evidence that other countries with citizenship-based restrictions on access to Public Service employment share the same objectives as Parliament in this case.

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred**

qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte à la dignité humaine. Il appartient au législateur, en matière de citoyenneté, de concevoir des dispositions conformes au par. 15(1). Définir la citoyenneté canadienne n'exige pas que le Parlement soit autorisé à exercer de la discrimination contre des non-citoyens. Le fait que certaines des appelantes auraient pu demander la citoyenneté, mais ne l'ont pas fait, n'empêche pas de conclure à la discrimination. Le fait qu'une personne puisse se soustraire à la discrimination en modifiant son comportement ne supprime pas l'effet discriminatoire. Le seul fait de contraindre certaines personnes à faire un tel choix viole la dignité humaine et est en soi discriminatoire.

L'atteinte en l'espèce n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. En supposant que promouvoir la citoyenneté et encourager une catégorie restreinte de fonctionnaires à devenir citoyens canadiens soient des objectifs urgents et réels, il n'y a pas de lien rationnel entre la mesure discriminatoire contestée et l'un ou l'autre de ces objectifs. Premièrement, la disposition incriminée confère un avantage aux citoyens en exerçant une discrimination contre des non-citoyens. Loin d'avoir un lien rationnel avec l'objectif de promouvoir la citoyenneté, la disposition en cause sape cet objectif en donnant à penser que la citoyenneté canadienne bénéficie de la discrimination exercée contre des non-citoyens, un groupe reconnu depuis longtemps par la Cour comme une « minorité distincte et isolée » digne de protection. Deuxièmement, la conclusion selon laquelle la préférence fondée sur la citoyenneté semble avoir généralement fonctionné comme incitatif à la naturalisation n'est pas convaincante. Rien dans la preuve n'indique que le taux élevé de naturalisation est de quelque manière attribuable à la préférence fondée sur la citoyenneté. L'affirmation selon laquelle cette préférence ne confère qu'un avantage minimal au citoyen, parce qu'il est presque aussi difficile pour un citoyen que pour un non-citoyen d'accéder à la fonction publique, milite contre l'existence d'un lien rationnel. Enfin, le fait que l'exigence de la citoyenneté pour l'emploi dans la fonction publique est une pratique internationale répandue n'est ni pertinent ni indicatif de l'existence d'un lien rationnel. Aucune preuve n'indique que d'autres pays imposant des restrictions basées sur la citoyenneté à l'emploi dans la fonction publique partagent les mêmes objectifs que le Parlement en l'espèce.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêt appliqué : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497;

to: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976); *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973); *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Mow Sun Wong v. Hampton*, 435 F.Supp. 37 (1977); *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

By Arbour J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.

By LeBel J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

By McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC

arrêts mentionnés : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Mathews c. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976); *Sugarman c. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973); *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Mow Sun Wong c. Hampton*, 435 F.Supp. 37 (1977); *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Citée par le juge Arbour

Arrêt appliqué : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés :** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

Citée par le juge LeBel

Arrêt appliqué : *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

Citée par le juge en chef McLachlin et le juge L'Heureux-Dubé (dissidentes)

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC

38; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) 7, 8, 15(1).
Canadian Citizenship Act, S.C. 1946, c. 15.
Civil Service Act, R.S.C. 1906, c. 16.
Civil Service Act, S.C. 1960-61, c. 57, s. 40(1)(a), (b), (c).
Civil Service Act, 1918, S.C. 1918, c. 12, ss. 38, 41(1).
Civil Service Amendment Act, 1908, S.C. 1908, c. 15, s. 14.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171 (1966), Art. 25(c).
Public Service Employment Act, R.S.C. 1985, c. P-33, s. 16(4)(c).
Public Service Employment Act, S.C. 1966-67, c. 71.
Public Service Staff Relations Act, R.S.C. 1985, c. P-35, Sch. I, Part I.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Art. 21(2).

Authors Cited

Berezowski, Nan M., and Benjamin J. Trister. *Citizenship 1996*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
 Canada. Department of Justice. *Equality Issues in Federal Law: A Discussion Paper*. Ottawa: Department of Justice, 1985.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 1st Sess., 20th Parl., October 22, 1945, pp. 1335 *et seq.*
 Canada. House of Commons. Report of the Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Canadian Citizenship: A Sense of Belonging*, June 1994.
 Canada. House of Commons. Sub-Committee on Equality Rights. *Equality for All: Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*, 1985.
 Canada. House of Commons. Sub-Committee on Equality Rights. *Toward Equality: The Response to the Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights*, 1986.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).
 Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

38; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) 7, 8, 15(1).
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948), art. 21(2).
Loi de 1908 modifiant la Loi du service civil, S.C. 1908, ch. 15, art. 14.
Loi du service civil, S.R.C. 1906, ch. 16.
Loi du Service civil, 1918, S.C. 1918, ch. 12, art. 38, 41(1).
Loi sur la citoyenneté canadienne, S.C. 1946, ch. 15.
Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-33, art. 16(4)c).
Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.C. 1966-67, ch. 71.
Loi sur le service civil, S.C. 1960-61, ch. 57, art. 40(1)a), b), c).
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-35, ann. I, partie I.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171 (1966), art. 25c).

Doctrine citée

Berezowski, Nan M., and Benjamin J. Trister. *Citizenship 1996*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1996.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 1^{re} sess., 20^e lég., 22 octobre 1945, p. 1368 et suiv.
 Canada. Chambre des communes. Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *La citoyenneté canadienne : Un sentiment d'appartenance*, juin 1994.
 Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. *Cap sur l'égalité : Réponse au rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, 1986.
 Canada. Chambre des communes. Sous-comité sur les droits à l'égalité. *Égalité pour tous : Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité*, 1985.
 Canada. Ministère de la Justice. *Les droits à l'égalité et la législation fédérale : Un document de travail*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1985.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).
 Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford : Clarendon Press, 1995.

Schuck, Peter H. “The Re-Evaluation of American Citizenship” (1997), 12 *Geo. Immigr. L.J.* 1.

Sharpe, Robert J. “Citizenship, the Constitution Act, 1867, and the Charter”. In William Kaplan, ed., *Belonging: The Meaning and Future of Canadian Citizenship*. Montreal & Kingston: McGill-Queen’s University Press, 1993, 221.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 1 F.C. 3, 174 D.L.R. (4th) 588, 242 N.R. 278, 64 C.R.R. (2d) 189, [1999] F.C.J. No. 754 (QL), affirming a judgment of the Trial Division, [1995] 2 F.C. 623, 95 F.T.R. 1, 125 D.L.R. (4th) 80, 31 C.R.R. (2d) 109, 95 C.L.L.C. ¶210-023, [1995] F.C.J. No. 608 (QL). Appeal dismissed, McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé and Binnie JJ. dissenting.

David J. Jewitt, for the appellants Elisabeth Lavoie and Jeanne To-Thanh-Hien.

Andrew Raven and *David Yazbeck*, for the appellant Janine Bailey.

Graham R. Garton, Q.C., and *Yvonne Milosevic*, for the respondents.

Joanne St. Lewis and *Milton James Fernandes*, for the intervener.

The reasons of McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé and Binnie JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND L’HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — We agree with Bastarache J. that s. 16(4)(c) of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33 (“PSEA”), infringes s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a way that marginalizes immigrants from the fabric of Canadian life, and endorse his reasons on this point. In our view, this conclusion is mandated by *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, which we find to be indistinguishable on the question of discrimination. We respectfully disagree, however, that s. 1 justifies the infringement as a “reasonable limit on equality” (para. 21).

Schuck, Peter H. « The Re-Evaluation of American Citizenship » (1997), 12 *Geo. Immigr. L.J.* 1.

Sharpe, Robert J. « Citizenship, the Constitution Act, 1867, and the Charter ». In William Kaplan, ed., *Belonging : The Meaning and Future of Canadian Citizenship*. Montreal & Kingston : McGill-Queen’s University Press, 1993, 221.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale, [2000] 1 C.F. 3, 174 D.L.R. (4th) 588, 242 N.R. 278, 64 C.R.R. (2d) 189, [1999] A.C.F. n° 754 (QL), qui a confirmé un jugement de la Section de première instance, [1995] 2 C.F. 623, 95 F.T.R. 1, 125 D.L.R. (4th) 80, 31 C.R.R. (2d) 109, 95 C.L.L.C. ¶210-023, [1995] A.C.F. n° 608 (QL). Pourvoi rejeté, le juge en chef McLachlin et les juges L’Heureux-Dubé et Binnie sont dissidents.

David J. Jewitt, pour les appelantes Elisabeth Lavoie et Jeanne To-Thanh-Hien.

Andrew Raven et *David Yazbeck*, pour l’appelante Janine Bailey.

Graham R. Garton, c.r., et *Yvonne Milosevic*, pour les intimées.

Joanne St. Lewis et *Milton James Fernandes*, pour l’intervenant.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges L’Heureux-Dubé et Binnie rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE L’HEUREUX-DUBÉ (dissidentes) — Nous sommes d’accord avec le juge Bastarache que l’al. 16(4)c) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-33 (« LEFP »), porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qu’il exclut les immigrants du tissu social canadien, et nous souscrivons à ses motifs sur ce point. À notre avis, cette conclusion est imposée par l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, avec lequel on ne peut pas faire de distinction en ce qui touche la discrimination. En revanche, nous ne pensons pas que l’atteinte se justifie en vertu de l’article premier comme « restriction raisonnable » du droit à l’égalité (par. 21).

We agree with the majority that two objectives can be attributed to the impugned legislation: encouraging non-citizens to naturalize, and enhancing citizenship. We note in passing that the majority reasons appear to restate or modify the objectives as the s. 1 analysis progresses. However, since our disagreement turns on the rational connection component of the s. 1 analysis, this point need not detain us here. In our view, when two objectives are accepted as pressing and substantial, the s. 1 analysis must be applied to each of them separately, so that an individual is not left guessing as to the state objective purported to justify the infringement of his or her *Charter* rights. We will consider these objectives in turn.

Assuming that “enhancing citizenship” and encouraging a small class of civil servants to become Canadian citizens are pressing and substantial objectives, thereby satisfying the first requirement of the *Oakes* test, we are not satisfied that the discrimination complained of is rationally connected to either of these objectives. In order to satisfy this portion of the s. 1 test, the government must show that the impugned law is “carefully designed to achieve the objective in question”; it must not be “arbitrary, unfair or based on irrational considerations” (*Oakes, supra*, at p. 139).

It is argued that a law giving citizens an advantage in connection with Public Service employment is rationally connected to the legislative objective of enhancing citizenship. With respect, we think this characterization misses the crucial point, which is that the impugned provision confers an advantage upon citizens by discriminating against non-citizens. Far from being rationally connected to the goal of enhancing citizenship, the impugned provision undermines this goal, by presenting Canadian citizenship as benefiting from, as nourished by, discrimination against non-citizens, a group which this Court has long recognized as a “discrete and insular minority” deserving of protection (*Andrews, supra*, at p. 152). It seems to us that such reasoning is incompatible with the view of Canadian citizenship as defined by “tolerance”,

Nous sommes d'accord avec la majorité que la disposition contestée peut avoir deux objectifs : encourager la naturalisation et promouvoir la citoyenneté. Signalons au passage que les motifs majoritaires paraissent reformuler ou modifier ces objectifs au fur et à mesure que progresse l'analyse selon l'article premier. Cependant, comme notre désaccord porte sur l'existence d'un lien rationnel, il n'y a pas lieu de s'attarder sur ce point. À notre avis, lorsque deux objectifs sont tenus pour urgents et réels, l'analyse selon l'article premier doit s'appliquer à chacun d'eux, séparément, pour que le justiciable n'ait pas à deviner quel objectif gouvernemental est censé justifier l'atteinte à ses droits en vertu de la *Charte*. Nous examinerons successivement chacun de ces objectifs.

Présumant que « promouvoir la citoyenneté » et encourager une catégorie restreinte de fonctionnaires à devenir citoyens canadiens soient des objectifs urgents et réels, conformément au premier volet du test de l'arrêt *Oakes*, nous ne sommes pas convaincues qu'il existe un lien rationnel entre la mesure discriminatoire contestée et l'un ou l'autre de ces objectifs. Pour satisfaire à ce volet du test, l'État doit montrer que la loi contestée est « soigneusement conçu[e] pour atteindre l'objectif en question » et qu'elle n'est « ni arbitrair[e], ni inéquitable, ni fondé[e] sur des considérations irrationnelles » (*Oakes*, p. 139).

On plaide qu'il existe un lien rationnel entre l'octroi au citoyen d'un avantage lié à l'emploi dans la fonction publique et l'objectif législatif de promotion de la citoyenneté. Avec égards, nous sommes d'avis que cette affirmation néglige le point crucial que la disposition attaquée confère un avantage à des citoyens en exerçant une discrimination contre des non-citoyens. Loin d'avoir un lien rationnel avec la promotion de la citoyenneté, la disposition en cause sape cet objectif en donnant à penser que la citoyenneté canadienne bénéficie, ou se nourrit, de la discrimination contre des non-citoyens, un groupe reconnu depuis longtemps par la Cour comme une minorité distincte et isolée, digne de protection (*Andrews, précité*, p. 152). Ce raisonnement nous paraît incompatible avec la « tolérance », la « foi dans l'égalité » et le « respect de tous les membres

8

2002 SCC 23 (CanLII)

9

10

“a belief in equality” and “respect for all individuals” (Citizenship and Immigration Canada, available at <<http://www.cic.gc.ca/english/about/faq/ask-23e.html>> and <<http://www.cic.gc.ca/english/newcomer/welcome/wel-03e.html>>). As the majority points out at para. 52, “[i]mmigrants come to Canada expecting to enjoy the same basic opportunities as citizens”. Accordingly, the majority argues that work and employment, which are “fundamental aspects” of Canadian society, “should be . . . as equally accessible to them as to Canadian citizens” and that “[d]iscrimination in these areas has the potential to marginalize immigrants from the fabric of Canadian life and exacerbate their existing disadvantage in the Canadian labour market”.

de la société », qui sont censés définir la citoyenneté canadienne (Citoyenneté et Immigration Canada, <<http://www.cic.gc.ca/francais/ministere/faq/guide-23.html>> et <<http://www.cic.gc.ca/francais/vivre/bienvenue/bien-03.html>>). Comme le souligne la majorité (au par. 52), « [I]es immigrants arrivant au Canada s’attendent à bénéficier des mêmes possibilités fondamentales que les citoyens » et, en conséquence, le travail et l’emploi, qui sont des « aspects fondamentaux » de la société canadienne, « devraient [. . .] lui être tout aussi accessibles qu’à un citoyen canadien », et « [l]a discrimination dans ces domaines peut aboutir à exclure les immigrants du tissu social canadien, et accentuer un désavantage existant sur le marché du travail au Canada ».

11 To put it another way, we fail to see how the value of Canadian citizenship can in any way be enhanced by a law that the majority concedes discriminates against non-citizens, particularly given La Forest J.’s recognition in *Andrews, supra*, at p. 197, that “[o]ur nation has [historically] drawn strength from the flow of people to our shores”. In this regard, we also find Linden J.A.’s evolutionary view of Canadian citizenship compelling: “The broader, inclusive, Canadian view of citizenship which has emerged brings with it important legal ramifications It is a tool of equality, not exclusion” (*Lavoie v. Canada*, [2000] 1 F.C. 3 (C.A.), at para. 121). A law that favours the relatively advantaged group of Canadian citizens over the relatively disadvantaged group of non-citizens serves to undermine, not further, the value of Canadian citizenship, based as it is on principles of inclusion and acceptance. The anomaly of this reasoning is accentuated by the majority’s contention that the citizenship preference only minimally advantages citizens. The notion that a trivial advantage, secured at the cost of violating s. 15(1)’s equality guarantee, could enhance citizenship, is difficult for us to fathom.

En d’autres termes, nous ne voyons pas comment la valeur de la citoyenneté canadienne puisse être accrue par une loi qui, de l’aveu même de la majorité, est discriminatoire envers des non-citoyens, alors que, dans *Andrews*, le juge La Forest reconnaît que « [t]out au long de son histoire, notre pays a tiré sa force des gens qui sont venus l’habiter » (p. 197). À cet égard, nous trouvons convaincante la conception évolutive de la citoyenneté canadienne du juge Linden : « Cette conception plus large et plus inclusive qui s’est développée au Canada s’accompagne de retombées importantes sur le plan juridique [. . .] C’est un instrument d’égalité et non pas d’exclusion » (*Lavoie c. Canada*, [2000] 1 C.F. 3 (C.A.), par. 121). Une loi qui favorise le groupe relativement privilégié de citoyens canadiens par rapport au groupe relativement défavorisé de non-citoyens ne valorise pas la citoyenneté canadienne, fondée sur des principes d’inclusion et d’acceptation, mais elle la discrédite. L’anomalie de ce raisonnement est accentuée par l’affirmation de la majorité que la préférence fondée sur la citoyenneté ne confère qu’un avantage minimal au citoyen. Il nous est difficile de concevoir qu’un avantage minime, obtenu au prix de la violation du droit à l’égalité garanti au par. 15(1), puisse être de nature à promouvoir la citoyenneté.

12 Moreover, the government presented no evidence that excluding non-citizens in fact furthers the objective of enhancing citizenship. The majority addresses this difficulty by arguing, at para. 59, that “Parliament is entitled to some deference as to

En outre, le gouvernement n’a offert aucune preuve que l’exclusion des non-citoyens favorise en fait l’objectif de promotion de la citoyenneté. Face à cette difficulté, la majorité soutient qu’« une certaine déférence est due au législateur quant à savoir

whether one privilege or another advances a compelling state interest”. But judicial deference alone cannot establish a rational connection. In *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at paras. 78-79, Iacobucci J., writing for the majority, stated:

As Cory J. stated in *Vriend*, *supra*, at para. 54: “The notion of judicial deference to legislative choices should not . . . be used to completely immunize certain kinds of legislative decisions from *Charter* scrutiny.”

Under s. 1, the burden is on the legislature to prove that the infringement of a right is justified. In attempting to discharge this burden, the legislature will have to provide the court with evidence and arguments to support its general claim of justification.

In that case, this Court concluded the impugned legislation was not saved by s. 1 after finding “no evidence” of a rational connection (*M. v. H.*, *supra*, at paras. 109-15).

In previous decisions, this Court has duly granted a greater degree of deference to legislation with a valid objective related to social justice, for example, legislation that promotes the protection of a socially vulnerable group (see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927). It follows from this principle that “[a] less deferential stance should be taken and a greater onus remain on the state to justify its encroachment on the *Charter* right”, where, as here, “the nature of the infringement lies at the core of the rights protected in the *Charter* and the social objective is meant to serve the interest of the majority” (see *Adler*, *supra*, per L'Heureux-Dubé J., at para. 95). As our colleague Bastarache J. concedes, at para. 53, “[s. 16(4)(c)] does not promote the interests of a vulnerable group, is not premised on particularly complex social science evidence, and interferes with an activity (namely employment) whose social value is relatively high”. Indeed, this Court has recognized that employment is a fundamental aspect of an individual's life and an essential component of identity, personal dignity, self-worth and emotional well-being (see *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC 38, at para. 53 (citing *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1

si un privilège ou un autre fait progresser un intérêt pressant de l'État » (par. 59). Or, la déférence des tribunaux ne peut à elle seule créer un lien rationnel. Dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 78-79, le juge Iacobucci dit ceci au nom de la majorité :

Comme le juge Cory l'a dit dans *Vriend*, précité, au par. 54 : « La notion de retenue judiciaire envers les choix du législateur ne devrait [. . .] pas servir à soustraire certains types de décisions d'ordre législatif à tout examen fondé sur la *Charte*. »

En vertu de l'article premier, le législateur a le fardeau de prouver que l'atteinte à un droit est justifiée. Pour tenter de se décharger de ce fardeau, le législateur devra fournir au tribunal des éléments de preuve et des arguments qui étayent l'affirmation générale voulant que l'atteinte soit justifiée.

Dans cette affaire, la Cour conclut qu'en l'absence de preuve de lien rationnel, la loi contestée ne peut être sauvegardée par l'article premier (*M. c. H.*, par. 109-115).

Dans des arrêts antérieurs, la Cour a dûment accordé un degré plus élevé de déférence envers des dispositions législatives ayant un objectif valable lié à la justice sociale, comme la protection d'un groupe social vulnérable (voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927). Il résulte de ce principe qu'« une moins grande retenue serait appropriée et [que] l'État devrait assumer un fardeau plus lourd afin de justifier l'atteinte au droit garanti par la *Charte* » lorsque, comme en l'espèce, « la nature de la violation touche au cœur des droits protégés par la *Charte* et que l'objectif social vise à servir l'intérêt de la majorité » (voir *Adler*, précité, le juge L'Heureux-Dubé, par. 95). Comme le reconnaît notre collègue le juge Bastarache, « [l'al. 16(4)(c)] ne défend pas les intérêts d'un groupe vulnérable, il ne s'appuie pas sur une preuve particulièrement complexe de sciences humaines et il touche une activité (l'emploi) dont la valeur sociale est relativement élevée » (par. 53). La Cour a effectivement reconnu que l'emploi est un aspect fondamental de la vie d'une personne et une composante essentielle de son identité, de sa dignité personnelle, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel (voir *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC 38, par. 53 (citant le *Renvoi relatif à la Public*

Date: 20020318

File: 147-2-111

Citation: 2002 PSSRB 31

Public Service Staff
Relations Act



Before the Public Service
Staff Relations Board

BETWEEN

PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA

Applicant/Bargaining Agent

and

TREASURY BOARD
(Indian and Northern Affairs Canada)

Respondent/Employer

RE: Application under Section 34 of the
Public Service Staff Relations Act

Before: [Marguerite-Marie Galipeau, Deputy Chairperson](#)

For the Applicant/Bargaining Agent: [Andrew Raven, Counsel](#)

For the Respondent/Employer: [Michel LeFrançois, Counsel](#)

Heard at Ottawa, Ontario,
February 27 and 28, June 4 to 8 and September 25 to 28, 2001.

DECISION

[1] This decision follows a hearing held by the Public Service Staff Relations Board (Board) under section 34 of the *Public Service Staff Relations Act* (PSSRA).

[2] Section 34 reads as follows:

34. Where, at any time following the determination by the Board of a group of employees to constitute a unit appropriate for collective bargaining, any question arises as to whether any employee or class of employees is or is not included therein or is included in any other unit, the Board shall, on application by the employer or any employee organization affected, determine the question.

[3] The application under this section was presented by the Public Service Alliance of Canada (Alliance).

[4] The Alliance requests that the Board determine the inclusion or not, within the Education and Library Science (EB) bargaining unit, of all employees (approximately 30 in five schools) performing duties as native language teachers, classroom assistants, education assistants and tutor escorts, and of all employees performing duties as administrative assistants within the Program and Administrative Services (PA) bargaining unit. Both bargaining units are already represented by the Alliance.

[5] The Treasury Board (Indian and Northern Affairs Canada) (respondent) claims that it is not the employer of these individuals and that it is the Six Nations Band Council which is their employer.

[6] In the past, that is, in 1999, the Alliance presented an application for certification (Exhibit A-1, tab 1) to the Canada Industrial Relations Board (CIRB) in order to represent these individuals. It argued that the Six Nations Band Council was the employer. The Six Nations Band Council denied before the CIRB that it was the employer. In March 2000, the CIRB concluded [Exhibit A-1, tab 7] that the individuals were not employed by the Six Nations Band Council. The position taken by the Six Nations Band Council before the CIRB (Exhibit A-1, tab 2), the CIRB's investigating officer's report (Exhibit A-1, tab 4) and the decision rendered by the CIRB's Vice-Chairperson, Gordon D. Hamilton (Exhibit A-1, tab 7), are reproduced at the end of the present decision.

process of personnel selection. Indeed, subsections 10(1) and (2) of the *Public Service Employment Act* read as follows:

Appointments

10. (1) Appointments to or from within the Public Service shall be based on selection according to merit, as determined by the [Public Service] Commission, and shall be made by the Commission, at the request of the deputy head concerned, by competition or by such other process of personnel selection designed to establish the merit of candidates as the Commission considers is in the best interests of the Public Service.

(2) For the purposes of subsection (1), selection according to merit may, in the circumstances prescribed by the regulations of the [Public Service] Commission, be based on the competence of a person being considered for appointment as measured by such standard of competence as the Commission may establish, rather than as measured against the competence of other persons.

[Emphasis added]

[169] Katherine Knott's description of the processes followed to hire English language teachers and native language teachers revealed that, in the end, there are few differences between the processes, save and except that the native language teachers' positions are not given numbers nor are there necessarily letters of offer sent out.

[170] What should I conclude from the fact that the employees cannot point to position numbers and formal letters of appointment following the usual competitions held to fill positions within the Public Service? I conclude that the present situation is exceptional. It was not necessarily contemplated at the time of the drafting of the PSSRA and the *Public Service Employment Act* nor were its circumstances considered by the Supreme Court in the *Econosult* decision (*supra*).

[171] I conclude that the Department and not the Six Nations Band Council has hired these employees through representatives purporting to act under the authority of the *Public Service Employment Act*, that rightly or wrongly the Department has consistently held out to the employees that they were its employees, that it was their employer and that this constant representation cannot be without effect. I agree with the Alliance that the single overriding consideration in this case is that through the years the

Department has consistently held itself out to be the employer and has acted accordingly by exercising all manners of control typical of any employer (i.e. hiring, supervision, appraisals, termination). Therefore, through its own conduct, it has been the employer and continues to be the employer. If, as a result of an erroneous interpretation of a provision of the *Public Service Employment Act*, the Department has contravened the *Public Service Employment Act*, and I have not been given evidence that it did, the employees that it has hired should not have to suffer for it. After all, the setting up of competitions and the issuance of letters of appointment is not within the employees' control but within their employer's control. It is their employer which has decided the manner in which it wanted to exercise its discretion to appoint and to resort to a "device" to keep them employed. The employees should not be deprived of their status of "employee" and their rights under the PSSRA and which flow from their having the respondent as their employer for the sole reason that the Department did not give numbers to their positions as a result of its opinion that they could not be employed under the *Public Service Employment Act* because some of them refused to take the oath of allegiance.

[172] After having employed these employees through the years, the Department became aware that some of them were refusing to take the oath of allegiance. The matter of the oath should have been addressed when they were first employed. In addition, I believe that the fact that these employees were kept on strength is indicative of the employer's own belief that the absence of this oath of allegiance was a technicality which did not prevent them from rendering loyal services to their employer.

[173] Inasmuch as the refusal to take this oath of allegiance is related to their identity and beliefs as First Nations, it seems likely that the insistence on the oath of allegiance to the Crown as a condition of employment in the Public Service for First Nations offends their right to freedom of thought, belief, opinion and expression set out in the *Charter*, as well as their "rights of aboriginal peoples" under section 35 of the *Constitution Act, 1982*. (It is worth noting that the oath of office commits them to their employer and ensures their loyalty without encroaching on their beliefs as First Nations.)

[174] It could also be argued that sections 7 to 10 of the *Canadian Human Rights Act* may as well be contravened by insisting on the oath of allegiance by First Nations individuals as a condition of their employment in the Public Service.

[175] A closer reading of the *Public Service Employment Act* reveals that the oath of allegiance is a formality “on appointment” (section 23). It does not precede an appointment and therefore an argument can be made that a person is already appointed, and therefore an employee, at the time when the oath of allegiance is taken. In addition, that Act is silent on the failure to take the oath of allegiance. Both of these observations suggest that the absence of the oath of allegiance is not fatal to an appointment. The exact wording of the oath of allegiance is set out at section 2 of the *Oaths of Allegiance Act*. Subsection 2(1) reads as follows:

OATH OF ALLEGIANCE

2. (1) Every person who, either of his own accord or in compliance with any lawful requirement made of the person, or in obedience to the directions of any Act or law in force in Canada, except the Constitution Act, 1867 and the Citizenship Act, desires to take an oath of allegiance shall have administered and take the oath in the following form, and no other:

I,....., do swear that I will be faithful and bear true allegiance to Her Majesty Queen Elizabeth the Second, Queen of Canada, Her Heirs and Successors. So help me God.

[176] It is interesting to note that the sanction for not taking the oath of allegiance is left to the wording of the particular Act requiring the oath. Section 6 of the *Oaths of Allegiance Act* reads as follows:

6. The oath of allegiance set out in section 2, together with the oath of office or oath for the due exercise of any profession or calling, shall be taken within the period and in the manner, and subject to the disabilities and penalties for the omission thereof, provided by law with respect to such oaths.

[177] It is worth noting that section 23 of the *Public Service Employment Act* neither provides for the period and manner in which the oath of allegiance must be taken nor any disabilities or penalties for the omission. Therefore, one could reasonably argue that in the absence of clear language in the *Public Service Employment Act* stating that

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Big M Drug Mart Ltd. *Respondent*;

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General of New Brunswick and the
Attorney General of Saskatchewan**
Intervenors.

File No.: 18125.

1984: March 6, 7; 1985: April 24.

Present: Ritchie*, Dickson, Beetz, McIntyre,
Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Constitutional law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Freedom of conscience and religion — Lord's Day Act and Sunday observance — Whether or not Lord's Day Act in violation of Charter guarantee of freedom of conscience and religion — Whether or not Act a reasonable limit demonstrably justifiable in a free and democratic society — Whether or not Act enacted pursuant to criminal law power — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 24(1), 27, 32(1) — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92, 93 — Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13, s. 4.

The respondent, Big M Drug Mart Ltd., was charged with unlawfully carrying on the sale of goods on a Sunday contrary to the *Lord's Day Act*. Respondent was acquitted at trial. The Court of Appeal dismissed the appeal. The constitutional questions before this Court were whether the *Lord's Day Act*, and especially s. 4, (i) infringed the right to freedom of conscience and religion guaranteed in the *Charter*; (ii) were justified by s. 1 of the *Charter*; and (iii) were enacted pursuant to the criminal law power (s. 91(27)) of the *Constitution Act, 1867*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.: Respondent is entitled to challenge the validity of the *Lord's Day Act* on the basis that it violates the *Charter* guarantee of freedom of conscience and religion. Recourse to s. 24 is unnecessary where the chal-

* Ritchie J. took no part in the judgment.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Big M Drug Mart Ltd. *Intimée*;

^a

et

**Le procureur général du Canada, le procureur
général du Nouveau-Brunswick et le
procureur général de la Saskatchewan**
^b *Intervenants.*

N° du greffe: 18125.

1984: 6, 7 mars; 1985: 24 avril.

^c Présents: Les juges Ritchie*, Dickson, Beetz, McIntyre,
Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

^d *Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Liberté de conscience et de religion — Loi sur le dimanche et observance du dimanche — La Loi sur le dimanche viole-t-elle la liberté de conscience et de religion garantie par la Charte? — La Loi constitue-t-elle une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique? — La Loi a-t-elle été adoptée conformément à la compétence en matière de droit criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 24(1), 27, 32(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, 93 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1) — Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, chap. L-13, art. 4.*

Big M Drug Mart Ltd. a été accusée de s'être livrée illégalement à la vente de marchandises le dimanche contrairement à la *Loi sur le dimanche*. L'intimée a été acquittée en première instance. La Cour d'appel a rejeté l'appel. Les questions constitutionnelles dont est saisie la Cour consistent à déterminer si la *Loi sur le dimanche*, et en particulier son art. 4, (i) empiète sur la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte*, (ii) si elle est justifiée compte tenu de l'art. 1 de la *Charte* et (iii) si elle relève du pouvoir en matière de droit criminel que confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

ⁱ *Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

^j Les juges Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer: L'intimée a le droit de contester la validité de la *Loi sur le dimanche* pour le motif qu'elle porte atteinte à la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte*. Lorsque la contestation est fondée sur l'inconsti-

* Le juge Ritchie n'a pas pris part au jugement.

lenge is based on the unconstitutionality of the legislation. The supremacy of the Constitution declared in s. 52 dictates that no one can be convicted under an unconstitutional law. Any accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing the constitutional invalidity of the law under which the charge is brought.

The initial test of constitutionality must be whether or not the legislation's purpose is valid; the legislation's effects need only be considered when the law under review has passed the purpose test. The effects test can never be relied on to save legislation with an invalid purpose.

The *Lord's Day Act* cannot be found to have a secular purpose on the basis of changed social conditions. Legislative purpose is the function of the intent of those who draft and then enact the legislation at the time and not of any shifting variable.

Since the acknowledged purpose of the *Lord's Day Act*, on long-standing and consistently maintained authority, is the compulsion of religious observance, that Act offends freedom of religion and it is unnecessary to consider the actual impact of Sunday closing upon religious freedom. Legislation whose purpose is found to violate the *Charter* cannot be saved even if its effects were found to be inoffensive. *Robertson and Rosetanni*, which considered freedom of religion under s. 1 of the *Canadian Bill of Rights*, is of no assistance since the application and not the constitutionality of the legislation was in issue.

The *Lord's Day Act* to the extent that it binds all to a sectarian Christian ideal, works a form of coercion inimical to the spirit of the *Charter*. The Act gives the appearance of discrimination against non-Christian Canadians. Religious values rooted in Christian morality are translated into a positive law binding on believers and non-believers alike. Non-Christians are prohibited for religious reasons from carrying out otherwise lawful, moral and normal activities. Any law, purely religious in purpose, which denies non-Christians the right to work on Sunday denies them the right to practise their religion and infringes their religious freedom. The protection of one religion and the concomitant non-protection of others imports a disparate impact destructive of the religious freedom of society.

tutionnalité d'une loi, il n'est pas nécessaire de recourir à l'art. 24. La suprématie de la Constitution énoncée à l'art. 52 prescrit que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle. Tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle.

Le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité doit consister à se demander si l'objet de la loi est valable; les effets de la loi ne doivent être pris en considération que lorsque la loi examinée satisfait au critère de l'objet. Le critère des effets ne peut jamais être invoqué pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable.

Il n'est pas possible de conclure que la *Loi sur le dimanche* a un objet laïque en raison d'un changement des conditions sociales. L'objet d'une loi est fonction de l'intention de ceux qui l'ont rédigée et adoptée à l'époque, et non pas d'un facteur variable quelconque.

Puisque, d'après une jurisprudence établie depuis longtemps et constamment confirmée, la *Loi sur le dimanche* a pour objet reconnu de rendre obligatoire l'observance religieuse, cette loi porte atteinte à la liberté de religion et il n'est pas nécessaire d'examiner les répercussions réelles de la fermeture le dimanche sur la liberté de religion. Une loi dont on a conclu que l'objet viole la *Charte* ne peut être sauvée même si ses effets sont jugés inoffensifs. L'arrêt *Robertson and Rosetanni*, où l'on a examiné la liberté de religion au sens de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*, n'est d'aucune utilité étant donné que ce qui y était en cause était non pas la constitutionnalité de la loi mais son application.

Dans la mesure où elle astreint l'ensemble de la population à un idéal sectaire chrétien, la *Loi sur le dimanche* exerce une forme de coercition contraire à l'esprit de la *Charte*. La Loi paraît discriminatoire à l'égard des Canadiens non chrétiens. Des valeurs religieuses enracinées dans la moralité chrétienne sont transformées en droit positif applicable aux croyants comme aux incroyants. Pour des motifs religieux, on interdit aux non-chrétiens d'exercer des activités par ailleurs légales, morales et normales. Toute loi ayant un objet purement religieux qui prive les non-chrétiens du droit de travailler le dimanche les prive du droit de pratiquer leur religion et porte atteinte à leur liberté de religion. Protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société.

The power to compel, on religious grounds, the universal observance of the day of rest preferred by one religion is not consistent with the preservation and enhancement of the multi-cultural heritage of Canadians recognized in s. 27 of the *Charter*.

The appellant did not establish that the *Lord's Day Act* constituted a reasonable limit, demonstrably justifiable in a free and democratic society and therefore it cannot be saved pursuant to s. 1 of the *Charter*.

The *Lord's Day Act* is enacted pursuant to the criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. It compels the observance of a religious duty by means of prohibitions and penalties, and is therefore directed towards the maintenance of public order and the safeguarding of public morality.

Per Wilson J.: The approach of the courts to the constitutional validity of legislation in alleged violation of the *Charter* is different from the approach to the constitutional validity of legislation impugned under the division of powers. Since the *Charter* is first and foremost an effects-oriented document, the first stage of any analysis must be to inquire whether the legislation has the effect of violating an entrenched right. If it has, then it is not necessary to consider the purpose behind the enactment at this stage.

Section 1, however, will entail an analysis and evaluation of the purpose underlying the impugned legislation if the government seeks to justify a limitation on the citizen's right under that section. The government policy objective must then be assessed and a determination made as to whether this interest is sufficiently important to override a *Charter* right and whether the means chosen to achieve that objective were reasonable. The objective asserted as a reasonable limit under s. 1 will necessarily reflect the purpose of the enactment in the 'division of powers' analysis.

Cases Cited

Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co., [1903] A.C. 524; *Quimet v. Bazin* (1912), 46 S.C.R. 502; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal*, [1955] S.C.R. 799; *Hamilton (City of) v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 640; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, considered; *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651; *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961); *Braunfeld*

Le pouvoir d'imposer, pour des motifs religieux, l'observance universelle du jour de repos préféré par une religion ne concorde guère avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens, reconnu à l'art. 27 de la *Charte*.

L'appelante n'a pas établi que la *Loi sur le dimanche* impose une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique et, par conséquent, cette loi ne peut être sauvée en vertu de l'art. 1 de la *Charte*.

La *Loi sur le dimanche* a été adoptée conformément au pouvoir en matière de droit criminel que confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle rend obligatoire l'observance d'une prescription religieuse au moyen d'interdictions et de peines et vise donc à préserver l'ordre et la moralité publics.

Le juge Wilson: La façon dont les tribunaux doivent aborder la constitutionnalité d'une loi dans le cas d'une prétendue violation de la *Charte* est différente de la façon dont ils doivent aborder la constitutionnalité d'une loi attaquée en vertu du partage des compétences. Étant donné que la *Charte* est d'abord et avant tout un document axé sur les effets, la première étape de toute analyse doit consister à se demander si une loi a pour effet de violer un droit enchâssé dans la Constitution. Si tel est son effet, il n'est pas nécessaire, à cette étape, d'examiner l'objet qui sous-tend son adoption.

Toutefois, l'art. 1 exige une analyse et une évaluation de l'objet fondamental de la loi attaquée si le gouvernement cherche à justifier une limitation d'un droit individuel en vertu de cet article. L'objectif de la politique du gouvernement doit alors être évalué et il doit être déterminé si cet intérêt gouvernemental est suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti par la *Charte* et si les moyens choisis pour atteindre cet objectif sont raisonnables. L'objectif dont on dit qu'il constitue une limite raisonnable au sens de l'art. 1 reflète nécessairement l'objet de la loi dans une analyse fondée sur le partage des compétences.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Quimet v. Bazin* (1912), 46 R.C.S. 502; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal*, [1955] R.C.S. 799; *Hamilton (Ville de) c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 640; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; distinction faite avec les arrêts: *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] R.C.S.

v. *Brown*, 366 U.S. 599 (1961); *Gallagher v. Crown Kasher Super Market of Massachusetts, Inc.*, 366 U.S. 617 (1961); *Two Guys from Harrison-Allentown, Inc. v. McGinley*, 366 U.S. 582 (1961), distinguished; *Boardwalk Merchandise Mart Ltd. v. The Queen*, [1973] 1 W.W.R. 190, reversing [1972] 6 W.W.R. 1, leave to appeal denied [1972] S.C.R. ix; *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963), *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *In re Legislation Respecting Abstention from Labour on Sunday* (1905), 35 S.C.R. 581; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*, [1925] A.C. 384; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *St. Prosper (La Corporation de la Paroisse de) v. Rodrigue* (1917), 56 S.C.R. 157; *Chaput v. Romain*, [1955] S.C.R. 834; *Lieberman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 643; *Attorney General for Ontario v. Canada Temperance Foundation*, [1946] A.C. 193; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981); *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Taxada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] S.C.R. 713; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383; *Quong-Wing v. The King* (1914), 49 S.C.R. 440; *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Attorney-General of Canada*, [1947] A.C. 87; *Morgan v. Attorney General of Prince Edward Island*, [1976] 2 S.C.R. 349; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1970); *In the Matter of Legislative Jurisdiction Over Hours of Labour*, [1925] S.C.R. 505; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Act Against Papists, 35 Eliz. 1, c. 2.
Act Against Sectaries, 35 Eliz. 1, c. 1.
Act for punishing divers Abuses committed on the Lord's Day, called Sunday, 1 Car. 1, c. 1.
Act for the better Observation of the Lord's Day commonly called Sunday [*Sunday Observance Act*], 29 Car. 2, c. 7.
Act for the further Reformation of sundry Abuses committed on the Lord's Day, commonly called Sunday, 3 Car. 1, c. 2.

651; *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961); *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961); *Gallagher v. Crown Kasher Super Market of Massachusetts, Inc.*, 366 U.S. 617 (1961); *Two Guys from Harrison-Allentown, Inc. v. McGinley*, 366 U.S. 582 (1961); arrêts mentionnés: *Boardwalk Merchandise Mart Ltd. v. The Queen*, [1973] 1 W.W.R. 190, infirmant [1972] 6 W.W.R. 1, autorisation de pourvoi refusée [1972] R.C.S. ix; *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963), *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *In re Legislation Respecting Abstention from Labour on Sunday* (1905), 35 R.C.S. 581; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*, [1925] A.C. 384; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *St. Prosper (La Corporation de la Paroisse de) v. Rodrigue* (1917), 56 R.C.S. 157; *Chaput v. Romain*, [1955] R.C.S. 834; *Lieberman v. The Queen*, [1963] R.C.S. 643; *Attorney General for Ontario v. Canada Temperance Foundation*, [1946] A.C. 193; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981); *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Taxada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] R.C.S. 713; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383; *Quong-Wing v. The King* (1914), 49 R.C.S. 440; *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Attorney-General of Canada*, [1947] A.C. 87; *Morgan c. Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1976] 2 R.C.S. 349; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1970); *In the Matter of Legislative Jurisdiction Over Hours of Labour*, [1925] R.C.S. 505; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326.

Lois et règlements cités

Act Against Papists, 35 Eliz. 1, chap. 2.
Act Against Sectaries, 35 Eliz. 1, chap. 1.
Act for punishing divers Abuses committed on the Lord's Day, called Sunday, 1 Car. 1, chap. 1.
Act for the better Observation of the Lord's Day commonly called Sunday [*Sunday Observance Act*], 29 Car. 2, chap. 7.
Act for the further Reformation of sundry Abuses committed on the Lord's Day, commonly called Sunday, 3 Car. 1, chap. 2.

- Act for the Keeping of Holy Days and Fasting-Days*, 5 & 6 Edw. 6, c. 3.
- Act of Uniformity*, 5 & 6 Edw. 6, c. 1.
- Act of Uniformity*, 1 Eliz. 1, c. 2.
- Act to prevent the Profanation of the Lord's Day, commonly called Sunday, in Upper Canada*, 1845 (Can.), c. 45.
- Act to Repeal an Act as related to Rectories*, (Imp.), 14 & 15 Vict., c. 175.
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, s. 1.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(a), 24(1), 27, 32(1).
- Charter of the French Language*, R.S.Q. 1977, c. C-11.
- Colonial Laws Validity Act* (Imp.), 28 & 29 Vict., c. 63, s. 2.
- Constitution Act, 1867*, ss. 91, 92, 93.
- Constitution Act, 1982*, s. 52(1).
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-24, s. 762.
- Lord's Day Act*, 1906 (Can.), c. 27.
- Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, s. 4.
- Lord's Day (Ontario) Act*, R.S.O. 1980, c. 253.
- Lord's Day (Saskatchewan) Act*, R.S.S. 1978, c. L-34.
- Statute of Westminster, 1931*, R.S.C. 1970, App. II, s. 7(1).
- The Sunday Fairs Act*, 27 Hen. 6, c. 5.
- Act for the Keeping of Holy Days and Fasting-Days*, 5 & 6 Edw. 6, chap. 3.
- Act of Uniformity*, 5 & 6 Edw. 6, chap. 1.
- Act of Uniformity*, 1 Eliz. 1, chap. 2.
- Act to prevent the Profanation of the Lord's Day, commonly called Sunday, in Upper Canada*, 1845 (Can.), chap. 45.
- Act to Repeal an Act as related to Rectories*, (Imp.), 14 & 15 Vict., chap. 175.
- Acte concernant l'observance du dimanche*, 1906 (Can.), chap. 27.
- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2a), 24(1), 27, 32(1).
- Charte de la langue française*, L.R.Q. 1977, chap. C-11.
- Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 762.
- Colonial Laws Validity Act* (Imp.), 28 & 29 Vict., chap. 63, art. 2.
- Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, art. 1.
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 92, 93.
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).
- Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13, art. 4.
- Lord's Day (Ontario) Act*, R.S.O. 1980, chap. 253.
- Lord's Day (Saskatchewan) Act*, R.S.S. 1978, chap. L-34.
- Statut de Westminster de 1931*, S.R.C. 1970, app. II, art. 7(1).
- The Sunday Fairs Act*, 27 Hen. 6, chap. 5.

Authors Cited

- Barron, J.A. "Sunday in North America" (1965), 79 *Harv. L. Rev.* 42, 42-54.
- Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book 4, (Lewis ed.), Philadelphia, Rees Welsh & Co., 1900.
- Canada, Law Reform Commission. *Report on Sunday Observance*, Ottawa, Minister of Supply and Services, 1978.
- Cotler, Irwin. "Freedom of Assembly, Association, Conscience and Religion" in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, W.S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin eds., Toronto, Carswell Co., 1982.
- Finkelstein, Neil. "The Relevance of Pre-Charter Case Law for Post-Charter Adjudication" (1982), 4 *Supreme Court L. R.* 267, 267-286.
- Gibson, Dale. "Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, W.S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin eds., Toronto, Carswell Co., 1982.
- Hogg, Peter W. *Canada Act, 1982, Annotated*, Toronto, Carswell Co., 1982.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell Co., 1977.

Doctrine citée

- Barron, J.A. «Sunday in North America» (1965), 79 *Harv. L. Rev.* 42, 42-54.
- Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book 4, (Lewis ed.), Philadelphia, Rees Welsh & Co., 1900.
- Canada, Commission de réforme du droit. *Rapport sur l'Observance du dimanche*, Ottawa, ministre des Approvisionnement et Services, 1978.
- Cotler, Irwin. «Freedom of Assembly, Association, Conscience and Religion» dans *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, W.S. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin eds., Toronto, Carswell Co., 1982.
- Finkelstein, Neil. «The Relevance of Pre-Charter Case Law for Post-Charter Adjudication» (1982), 4 *Supreme Court L. R.* 267, 267-286.
- Gibson, Dale. «Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» dans *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, W.S. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin eds., Toronto, Carswell Co., 1982.
- Hogg, Peter W. *Canada Act, 1982, Annotated*, Toronto, Carswell Co., 1982.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell Co., 1977.

Krishnaswami, Arcot. *Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices*, New York, United Nations, 1960.

Laskin, Bora. *Canadian Constitutional Law*, 3rd ed., Toronto, Carswell Co., 1966.

Laskin, Bora. "Freedom of Religion and the Lord's Day Act" (1964), 42 *Can. Bar Rev.* 147, 147-156.

Ontario, Ontario Law Reform Commission. *Report on Sunday Observance Legislation*, Toronto, Department of Justice, 1970.

Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law*, Mineola, New York, Foundation Press, Inc., 1978.

Walker, D.M. *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [1984] 1 W.W.R. 625; (1983), 5 D.L.R. (4th) 121, 9 C.C.C. (3d) 310, dismissing an appeal from a judgment of Stevenson Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

William Henkel, Q.C., and *Inge Freund*, for the appellant.

Jim J. Boyle and *William S. Klym*, for the respondent.

Julius A. Isaac, Q.C., and *Virginia L. Davies*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Richard Speight, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

James C. MacPherson, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

The judgment of Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

DICKSON J.—Big M Drug Mart Ltd. was charged with unlawfully carrying on the sale of goods, on Sunday, May 30, 1982 in the City of Calgary, Alberta, contrary to the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13.

Big M has challenged the constitutionality of the *Lord's Day Act*, both in terms of the division of powers and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Such challenge places in issue before this Court, for the first time, one of the fundamental freedoms protected by the *Charter*, the guarantee of "freedom of conscience and religion" entrenched in s. 2.

Krishnaswami, Arcot. *Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices*, New York, United Nations, 1960.

Laskin, Bora. *Canadian Constitutional Law*, 3rd ed., Toronto, Carswell Co., 1966.

^a Laskin, Bora. «Freedom of Religion and the Lord's Day Act» (1964), 42 *R. du B. can.* 147, 147-156.

Ontario, Ontario Law Reform Commission. *Report on Sunday Observance Legislation*, Toronto, Department of Justice, 1970.

^b Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law*, Mineola, New York, Foundation Press, Inc., 1978.

Walker, D.M. *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

^c POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [1984] 1 W.W.R. 625; (1983), 5 D.L.R. (4th) 121, 9 C.C.C. (3d) 310, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Stevenson de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

^d *William Henkel, c.r.*, et *Inge Freund*, pour l'appelante.

Jim J. Boyle et *William S. Klym*, pour l'intimée.

^e *Julius A. Isaac, c.r.*, et *Virginia L. Davies*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

^f *Richard Speight*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

James C. MacPherson, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

^g Version française du jugement des juges Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer rendu par

^h LE JUGE DICKSON—Big M Drug Mart Ltd. a été accusée de s'être livrée illégalement à la vente de marchandises le dimanche 30 mai 1982, à Calgary (Alberta), contrairement à la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13.

ⁱ Big M conteste la constitutionnalité de la *Loi sur le dimanche* en fonction à la fois du partage des pouvoirs et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette Cour se trouve ainsi saisie pour la première fois d'une question portant sur l'une des libertés fondamentales garanties par la *Charte*, savoir la «liberté de conscience et de religion» châtée à l'art. 2.

The constitutional validity of Sunday observance legislation has in the past been tested largely through the division of powers provided in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. Freedom of religion has been seen to be a matter falling within federal legislative competence. Today, following the advent of the *Constitution Act, 1982*, we must address squarely the fundamental issues raised by individual rights and freedoms enshrined in the *Charter*, as well as those concerned with legislative powers.

I

The Facts and the Legislation

On Sunday, May 30, 1982, police officers of the City of Calgary attended at premises owned by Big M and open to the public. They witnessed several transactions including the sale of groceries, plastic cups and a bicycle lock. Big M was charged with a violation of s. 4 of the *Lord's Day Act*.

A. The Lord's Day Act

An understanding of the scheme of that Act and its basic purpose and effect is integral to any analysis of its constitutional validity. Section 2 defines, *inter alia*, the Lord's Day:

2. ...

"Lord's Day" means the period of time that begins at midnight on Saturday night and ends at midnight on the following night;

Section 4 contains the basic prohibition against any work or commercial activity upon the Lord's Day:

4. It is not lawful for any person on the Lord's Day, except as provided herein, or in any provincial Act or law in force on or after the 1st day of March 1907, to sell or offer for sale or purchase any goods, chattels, or other personal property, or any real estate, or to carry on or transact any business of his ordinary calling, or in connection with such calling, or for gain to do, or employ any other person to do, on that day, any work, business, or labour.

Section 5 provides that any worker, required to work by an employer operating on Sunday in conformity with the Act, be given a substitute day

Par le passé, on s'est fondé surtout sur le partage des pouvoirs prévu aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour contester la constitutionnalité des lois portant sur l'observance du dimanche. La liberté de religion a été considérée comme un chef de compétence législative fédérale. Aujourd'hui, par suite de l'avènement de la *Loi constitutionnelle de 1982*, nous devons aborder carrément les questions fondamentales que soulèvent les droits et libertés individuels garantis par la *Charte*, de même que celles concernant les pouvoirs législatifs.

I

Les faits et les textes législatifs

Le dimanche 30 mai 1982, des policiers de la ville de Calgary, qui se trouvaient dans des locaux appartenant à Big M et ouverts au public, ont été témoins de plusieurs opérations dont la vente de produits d'alimentation, de gobelets en plastique et d'un cadenas de bicyclette. Big M a été accusée d'avoir enfreint l'art. 4 de la *Loi sur le dimanche*.

A. La Loi sur le dimanche

La compréhension de l'économie de cette loi, de son objet fondamental et de son effet fait partie intégrante de l'analyse de sa constitutionnalité. L'article 2 définit notamment le mot dimanche:

2. ...

«dimanche» signifie la période de temps qui commence à minuit le samedi soir, et finit à minuit le soir suivant;

g

C'est l'article 4 qui contient les dispositions fondamentales interdisant le travail ou l'activité commerciale le dimanche. En voici le texte:

4. Sauf les dispositions de la présente loi et les dispositions des lois provinciales en vigueur le 1^{er} mars 1907 ou après cette date, nul ne peut légalement le dimanche, vendre, offrir en vente ou acheter des marchandises, des effets, ou autres biens meubles ou des immeubles, exercer ou poursuivre une besogne de son état ordinaire ou quelque besogne accessoire de cet état, ou, pour quelque gain, exécuter, au cours de cette journée, un travail, une besogne ou un ouvrage, ou y employer une autre personne.

L'article 5 prévoit que l'employé, qui doit travailler le dimanche à la demande d'un employeur qui exerce ses activités ce jour-là conformément à la

for such freedom are to be found in the religious struggles in post-Reformation Europe. The spread of new beliefs, the changing religious allegiance of kings and princes, the shifting military fortunes of their armies and the consequent repeated redrawing of national and imperial frontiers led to situations in which large numbers of people—sometimes even the majority in a given territory—found themselves living under rulers who professed faiths different from, and often hostile to, their own and subject to laws aimed at enforcing conformity to religious beliefs and practices they did not share.

English examples of such laws, passed during the Tudor and Stuart periods have been alluded to in the discussion above of the criminal law character of Sunday observance legislation. Opposition to such laws was confined at first to those who upheld the prohibited faiths and practices, and was designed primarily to avoid the disabilities and penalties to which these specific adherents were subject. As a consequence, when history or geography put power into the hands of these erstwhile victims of religious oppression the persecuted all too often became the persecutors.

Beginning, however, with the Independent faction within the Parliamentary party during the Commonwealth or Interregnum, many, even among those who shared the basic beliefs of the ascendent religion, came to voice opposition to the use of the State's coercive power to secure obedience to religious precepts and to extirpate non-conforming beliefs. The basis of this opposition was no longer simply a conviction that the State was enforcing the wrong set of beliefs and practices but rather the perception that belief itself was not amenable to compulsion. Attempts to compel belief or practice denied the reality of individual conscience and dishonoured the God that had planted it in His creatures. It is from these antecedents that the concepts of freedom of religion and freedom of conscience became associated, to form, as they do in s. 2(a) of our *Charter*, the single

cette liberté a son origine dans les conflits religieux qui ont sévi en Europe après la Réforme. La propagation de croyances nouvelles, la conversion de rois et de princes à d'autres religions, les victoires et les revers de leurs armées ainsi que l'instabilité constante des frontières qui en a résulté ont engendré des situations où beaucoup de personnes, parfois même la majorité dans un territoire donné, se sont retrouvées sous la domination de gouvernants qui professaient une foi différente de la leur et souvent hostile à celle-ci, et assujetties à des lois visant à imposer l'observance de croyances et de pratiques religieuses qui leur étaient étrangères.

Dans le cadre de notre étude du caractère de loi en matière criminelle de la législation relative à l'observance du dimanche, nous avons déjà mentionné des exemples de lois de ce genre adoptées en Angleterre à l'époque des Tudor et des Stuart. Au début, seuls s'opposaient à ces lois les adeptes des confessions proscrites et leur opposition avait principalement pour but d'obtenir la suppression des incapacités et des peines dont ils étaient frappés. Par conséquent, lorsque la tournure des événements leur permettait d'accéder au pouvoir, de persécutés, ces anciennes victimes d'oppression religieuse devenaient hélas trop souvent persécuteurs.

Toutefois, suivant le mouvement amorcé à l'époque du Commonwealth ou de l'Interrègne par la faction dite «indépendante» au sein du parti parlementaire, bien des gens, même parmi les adeptes des croyances fondamentales de la religion dominante, ont fini par s'opposer à ce que le pouvoir coercitif de l'État soit utilisé pour assurer l'obéissance à des préceptes religieux et pour extirper les croyances non conformistes. Il s'agissait, à ce moment-là, non plus d'une opposition fondée simplement sur la conviction que l'État imposait l'observance des mauvaises croyances et pratiques, mais d'une opposition fondée sur le sentiment que la croyance elle-même n'était pas quelque chose qui pouvait être imposé. Toute tentative d'imposer l'observance de croyances et de pratiques constituait un déni de la réalité de la conscience individuelle et déshonorait le Dieu qui en avait doté Ses

integrated concept of "freedom of conscience and religion".

What unites enunciated freedoms in the American First Amendment, s. 2(a) of the *Charter* and in the provisions of other human rights documents in which they are associated is the notion of the centrality of individual conscience and the inappropriateness of governmental intervention to compel or to constrain its manifestation. In *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, the purpose of the *Charter* was identified, at p. 155, as "the unremitting protection of individual rights and liberties". It is easy to see the relationship between respect for individual conscience and the valuation of human dignity that motivates such unremitting protection.

It should also be noted, however, that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government. It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or "firstness" of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

Viewed in this context, the purpose of freedom of conscience and religion becomes clear. The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. Reli-

créatures. Voilà donc comment les concepts de la liberté de religion et de la liberté de conscience se sont rattachés pour former, comme c'est le cas à l'al. 2a) de notre Charte, une seule et unique notion qui est la «liberté de conscience et de religion».

Les libertés énoncées dans le Premier amendement de la Constitution des États-Unis, à l'al. 2a) de la *Charte* et dans les dispositions d'autres documents relatifs aux droits de la personne ont en commun la prééminence de la conscience individuelle et l'inopportunité de toute intervention gouvernementale visant à forcer ou à empêcher sa manifestation. L'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, précise à la p. 155, que la *Charte* a pour objet «la protection constante des droits et libertés individuels». On voit facilement le rapport entre le respect de la conscience individuelle et la valorisation de la dignité humaine qui motive cette protection constante.

Toutefois, il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition *sine qua non* de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.

Vu sous cet angle, l'objet de la liberté de conscience et de religion devient évident. Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. Historique-

gious belief and practice are historically prototypical and, in many ways, paradigmatic of conscientiously-held beliefs and manifestations and are therefore protected by the *Charter*. Equally protected, and for the same reasons, are expressions and manifestations of religious non-belief and refusals to participate in religious practice. It may perhaps be that freedom of conscience and religion extends beyond these principles to prohibit other sorts of governmental involvement in matters having to do with religion. For the present case it is sufficient in my opinion to say that whatever else freedom of conscience and religion may mean, it must at the very least mean this: government may not coerce individuals to affirm a specific religious belief or to manifest a specific religious practice for a sectarian purpose. I leave to another case the degree, if any, to which the government may, to achieve a vital interest or objective, engage in coercive action which s. 2(a) might otherwise prohibit.

It is the contention of the respondent that the *Lord's Day Act* violates freedom of conscience and religion by coercing the observance of the religious institution of the Christian Sabbath. It is, therefore, important in the appellant's argument that freedom from such coercion forms no part of "freedom of religion" as it has been articulated in the Canadian jurisprudence. The definition of freedom of conscience and religion proposed above, including freedom from compulsory religious observance, corresponds precisely to the description of religious freedom in Canada offered by Taschereau J. in the passage in *Chaput v. Romain*, *supra*, when he noted that all adherents of various religious faiths are entirely free to think as they wish. This is not to endorse that part of the passage from the judgment of Taschereau J. where he states that religions are on a footing of equality. The equality necessary to support religious freedom does not require identical treatment of all religions. In fact, the interests of true equality may well require differentiation in treatment.

ment, la foi et la pratique religieuses sont, à bien des égards, des archétypes des croyances et manifestations dictées par la conscience et elles sont donc protégées par la *Charte*. La même protection s'applique, pour les mêmes motifs, aux expressions et manifestations d'incroyance et au refus d'observer les pratiques religieuses. Il se peut que la liberté de conscience et de religion outre passe ces principes et qu'elle ait pour effet d'interdire d'autres sortes d'ingérences gouvernementales dans les affaires religieuses. Aux fins de la présente espèce, il me paraît suffisant d'affirmer que, quels que soient les autres sens que peut avoir la liberté de conscience et de religion, elle doit à tout le moins signifier ceci: le gouvernement ne peut, dans un but sectaire, contraindre des personnes à professer une foi religieuse ou à pratiquer une religion en particulier. Je ne me prononce pas ici sur la question de savoir dans quelle mesure, s'il y a lieu, le gouvernement peut, en vue de réaliser un intérêt ou un objectif essentiel, exercer une coercition qui pourrait par ailleurs être interdite par l'al. 2a).

L'intimée fait valoir que la *Loi sur le dimanche* viole la liberté de conscience et de religion en rendant obligatoire l'observance du sabbat chrétien. Selon l'argument de l'appelante, il importe donc que la protection contre cette coercition ne fasse pas partie de la «liberté de religion» énoncée dans la jurisprudence canadienne. La définition de la liberté de conscience et de religion, dont le droit de ne pas être astreint à l'observance religieuse, que nous avons proposée plus haut correspond exactement à la description de la liberté de religion au Canada que donne le juge Taschereau dans le passage tiré de l'arrêt *Chaput v. Romain*, précité, lorsqu'il souligne que tous les adhérents des diverses confessions religieuses ont la plus entière liberté de penser comme ils le souhaitent. Toutefois, cela ne revient pas à approuver la partie du passage des motifs du juge Taschereau où il affirme que toutes les religions sont sur un pied d'égalité. L'égalité nécessaire pour soutenir la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. En fait, la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment.

The general lack of comment through the cases on the effect of Sunday closing legislation on freedom of religion may be attributable to the fact that, before the passage of the *Canadian Bill of Rights* and the entrenchment of the *Charter*, human rights and freedoms, no matter how fundamental, were constitutionally vulnerable to government encroachment. As Mr. Justice Rand noted in *Saumur v. City of Quebec*, *supra*, at p. 329:

... freedom of speech, religion and the inviolability of the person, are original freedoms which are at once the necessary attributes and modes of self-expression of human beings and the primary conditions of their community life within a legal order.

He also recognized, however, that

[i]t is in the circumscription of these liberties by the creation of civil rights in persons who may be injured by their exercise, and by the sanctions of public law, that the positive law operates. What we realize is the residue inside that periphery. [Emphasis added.]

Canadian law has recognized freedom of religion, though until the *Charter* this principle was subject to statutory law. Nonetheless, some legislation did expressly recognize freedom of religion. As early as 1851, the legislature of the United Canadas enacted the following in *An Act to Repeal an Act as related to Rectories*, 14 & 15 Vict., 1851 (Can.), c. 175:

That the free exercise and enjoyment of Religious Profession and Worship, without discrimination or preference, so as the same be not made an excuse for acts of licentiousness, or a justification of practices inconsistent with the peace and safety of this Province, is by the constitution and laws of this Province allowed to all Her Majesty's subjects within the same.

The preamble stated as follows:

WHEREAS the recognition of legal equality among all Religious Denominations is an admitted principle of Colonial legislation; And whereas in the state and condition of this Province, to which such a principle is peculiarly applicable, it is desirable that the same should receive the sanction of direct Legislative Authority, recognizing and declaring the same as a fundamental principle of our civil polity: . . .

Le mutisme général de la jurisprudence quant à l'effet de la législation relative à la fermeture le dimanche sur la liberté de religion peut s'expliquer par le fait qu'avant l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* et l'enchéassement de la *Charte* dans la Constitution, les droits et libertés, même les plus fondamentaux, étaient susceptibles d'empiètement de la part du gouvernement. Comme le fait remarquer le juge Rand dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, précité, à la p. 329:

[TRADUCTION] . . . la liberté de parole et de religion et l'invocabilité de la personne sont des libertés primordiales qui constituent les attributs essentiels de l'être humain, son mode nécessaire d'expression et la condition fondamentale de son existence au sein d'une collectivité régie par un système juridique.

Toutefois, il reconnaît également que:

[TRADUCTION] [c]'est en circonscrivant ces libertés par la création de droits civils au bénéfice des personnes que leur exercice peut léser, et grâce à la sanction du droit public, que le droit positif intervient. Ce qui est fixé, c'est la façon de compartimenter ce qu'il y a à l'intérieur de ce périmètre. [C'est moi qui souligne.]

La liberté de religion a été reconnue en droit canadien quoique, avant l'adoption de la *Charte*, ce principe était assujéti aux lois ordinaires. Néanmoins, certaines lois reconnaissaient expressément la liberté de religion. Dès 1851, la législature de la Province du Canada a adopté *An Act to Repeal an Act as related to Rectories*, 14 & 15 Vict., 1851 (Can.), chap. 175, qui portait notamment:

[TRADUCTION] Que la liberté de religion et la liberté de culte sont accordées, sans distinction ni préférence, à tous les sujets de Sa Majesté habitant cette Province, afin qu'il n'y ait pas de prétexte à la licence ni de justification de pratiques nuisibles à la paix et à la sécurité de ladite Province.

Le préambule est ainsi conçu:

[TRADUCTION] CONSIDÉRANT que l'égalité de toutes les confessions religieuses devant la loi est reconnue comme principe régissant la législation des colonies; considérant en outre que, compte tenu des circonstances et des conditions qui existent dans cette Province, à laquelle ledit principe est particulièrement applicable, il est souhaitable que celui-ci soit sanctionné expressément par un texte législatif reconnaissant et déclarant qu'il s'agit d'un principe fondamental de nos institutions

Mohammad Momin Khawaja *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval, Canadian Civil Liberties Association and British Columbia Civil Liberties Association *Interveners***INDEXED AS: R. v. KHAWAJA****2012 SCC 69**

File No.: 34103.

2012: June 11; 2012: December 14.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Accused convicted of terrorism offences under Part II.1 of Criminal Code — Whether provisions, in purpose or effect, violate right to free expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.01(1)(b)(i)(A).**Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Overbreadth — Terrorism offences — Provision criminalizing participation in or contribution to activities of terrorist group — Whether provision broader than necessary to achieve purpose or whether provision's impact disproportionate — Whether provision contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.18.**Criminal law — Appeals — Terrorism offences — Trial fairness — Trial judge finding that clause defining terrorist activity as being for political, religious or ideological purpose unconstitutional — Court of Appeal***Mohammad Momin Khawaja** *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval, Association canadienne des libertés civiles et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique *Intervenants***RÉPERTORIÉ : R. c. KHAWAJA****2012 CSC 69**

N° du greffe : 34103.

2012 : 11 juin; 2012 : 14 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Accusé déclaré coupable d'infractions de terrorisme sous le régime de la partie II.1 du Code criminel — L'objectif ou l'effet des dispositions porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.01(1)b(i)(A).**Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Portée excessive — Infractions de terrorisme — Disposition criminalisant la participation ou la contribution à une activité d'un groupe terroriste — La disposition a-t-elle une portée plus grande que nécessaire pour réaliser l'objectif sous-jacent ou a-t-elle une incidence disproportionnée? — La disposition va-t-elle à l'encontre des principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.18.**Droit criminel — Appels — Infractions de terrorisme — Équité du procès — Juge du procès ayant conclu à l'inconstitutionnalité de la disposition suivant laquelle est terroriste l'activité qui est menée au nom d'un but*

overturning decision on constitutionality but upholding convictions — Whether Court of Appeal erred in applying curative proviso — Whether convictions unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 83.01(1)(b)(i)(A), 686(1)(b)(iii).

National security — Terrorism — Sentencing — Totality principle — Accused guilty of terrorism offences sentenced by trial judge to 10 and a half years of imprisonment, with parole eligibility set at 5 years — Court of Appeal substituting sentence of life imprisonment coupled with 24 years of consecutive sentences, with parole eligibility set at 10 years — Whether Court of Appeal erred in overturning sentence.

After becoming obsessed with Osama Bin Laden and his cause, K communicated with an American who eventually pled guilty to providing material support or resources to Al Qaeda and with the leader of a terrorist cell based in London, England, who was convicted along with several co-conspirators of a plot to bomb targets in the U.K. and elsewhere in Europe. K repeatedly offered them support, provided funds, designed a remote arming device and recruited a woman to facilitate transfers of money. He travelled to Pakistan and attended a small arms training camp, and proposed that a supporter of the terrorist cell be sent to Israel on a suicide mission.

K was charged with seven offences under the Terrorism section of the *Criminal Code* (Part II.1). He brought a preliminary motion seeking a declaration that several provisions are unconstitutional. The motion judge held that s. 83.01(1)(b)(i)(A), which provides that a terrorist activity must be an act or omission committed in whole or in part “for a political, religious or ideological purpose, objective or cause” (the “motive clause”), was a *prima facie* infringement of s. 2(a), (b) and (d) of the *Charter* that could not be justified under s. 1, and accordingly severed the clause from s. 83.01(1). At trial, since two of the offences — wanting to cause an explosion with specified consequences at the behest of a terrorist group and possessing an explosive substance with the intent of enabling a terrorist group to endanger others — required knowledge of the U.K. group’s bomb plot, which the Crown had failed to establish beyond a reasonable doubt, the trial judge found K guilty of lesser included offences (working on the development of a detonator and keeping an explosive substance). He also convicted K on five

de nature politique, religieuse ou idéologique — Infir- mation de cette conclusion par la Cour d’appel, mais confirmation par elle des déclarations de culpabilité — La Cour d’appel a-t-elle eu tort d’appliquer la disposition réparatrice? — Les déclarations de culpabilité sont- elles déraisonnables? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.01(1)(b)(i)(A), 686(1)(b)(iii).

Sécurité nationale — Terrorisme — Détermination de la peine — Principe de totalité — Accusé déclaré coupable d’infractions de terrorisme et condamné par le juge du procès à 10 ans et demi d’emprisonnement, sans possibilité de libération conditionnelle avant 5 ans — Sub- stitution par la Cour d’appel d’une peine d’emprison- nement à perpétuité et de peines consécutives totalisant 24 ans d’emprisonnement, sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans — La Cour d’appel a-t-elle eu tort d’annuler la peine infligée en première instance?

Devenu obsédé par Oussama ben Laden et ses pré- ceptes, K a communiqué avec un Américain qui a reconnu par la suite sa culpabilité à des accusations d’ap- pui matériel ou financier à Al-Qaïda et avec le dirigeant d’une cellule terroriste basée à Londres (Royaume-Uni) qui, de pair avec d’autres personnes, a été déclaré cou- pable de complot en vue de commettre des attentats à la bombe au R.-U. et ailleurs en Europe. K leur a maintes fois offert son aide, leur a versé de l’argent, a conçu un détonateur à distance et a recruté une femme pour faci- lité les transferts de fonds. Il s’est rendu au Pakistan, a participé à un camp d’entraînement au maniement d’ar- mes légères et a proposé de confier à un partisan de la cellule une mission suicide en Israël.

Sept accusations ont été portées contre K en appli- cation des dispositions sur le terrorisme du *Code crimi- nel* (partie II.1). Il a présenté une requête préliminaire pour faire déclarer inconstitutionnelles certaines des dispositions. Le juge des requêtes a estimé que la div. 83.01(1)(b)(i)(A), qui prévoit qu’une activité terroriste est une action ou une omission commise au nom — exclusivement ou non — « d’un but, d’un objectif ou d’une cause de nature politique, religieuse ou idéolo- gique » (la « disposition relative au mobile »), portait atteinte *prima facie* aux droits reconnus aux al. 2a), b) et d) de la *Charte* et que cette atteinte ne pouvait être justifiée au regard de l’article premier. Il a donc retran- ché la disposition du par. 83.01(1). Au procès, comme deux des infractions (avoir eu l’intention de causer une explosion aux conséquences déterminées sur l’or- dre d’un groupe terroriste et avoir eu en sa possession une substance explosive dans le but de permettre à un groupe terroriste de mettre autrui en danger) exigeaient la preuve de la connaissance du complot d’attentat à la bombe fomenté par la cellule du R.-U., une preuve

counts which engage ss. 83.03 (providing or making available property or services for terrorist purposes), 83.18 (participating in or contributing to the activity of a terrorist group), 83.19 (facilitating a terrorist activity) and 83.21 (instructing people to carry out an activity for a terrorist group). The judge sentenced K to 10 and a half years in a penitentiary, gave no credit for time served on the basis that that would be incompatible with a denunciatory sentence, and set parole eligibility at 5 years to reflect the absence of any evidence of remorse, willingness to make amends or commitment to future compliance with Canada's laws and values. The Court of Appeal held that the motive clause was not unconstitutional and should not have been severed, but dismissed the conviction appeal, applying the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. It dismissed K's appeal from the sentences, but allowed the Crown's cross-appeal and substituted a sentence of life imprisonment on the conviction for building a detonator to cause a deadly explosion. Emphasizing the seriousness of the conduct, it substituted a total of 24 years of consecutive sentences for the remaining counts, to be served concurrently with the life sentence, and set parole eligibility at 10 years instead of 5.

Held: The appeal should be dismissed.

Constitutionality of the Provisions

K challenges the constitutionality of the legislation on the ground that the motive clause would produce a chilling effect on the expression of beliefs and opinions and thus violates s. 2 of the *Charter*. In their companion appeals (*Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609), S and N also claim that the legislation's purpose violates s. 2 of the *Charter*. They also challenge the constitutionality of s. 83.18 for overbreadth, under s. 7 of the *Charter*. For convenience, all these constitutional claims are considered in this appeal.

Section 83.18 does not violate s. 7 of the *Charter*. A purposive interpretation of the *actus reus* and *mens rea* requirements of s. 83.18 excludes convictions (i) for innocent or socially useful conduct that is undertaken

que le ministère public n'a pas faite hors de tout doute raisonnable, le juge a déclaré K coupable d'infractions incluses moins graves (avoir travaillé à la conception d'un détonateur et avoir eu en sa possession une substance explosive). Il a par ailleurs déclaré K coupable de cinq chefs qui font intervenir les art. 83.03 (fournir ou rendre disponibles des biens ou des services à des fins terroristes), 83.18 (participer à une activité d'un groupe terroriste ou y contribuer), 83.19 (faciliter une activité terroriste) et 83.21 (charger une personne de se livrer à une activité pour un groupe terroriste). Il a condamné K à 10 ans et demi d'emprisonnement sans retrancher la durée de la détention avant procès afin de ne pas contrevenir au principe de l'exemplarité de la peine, et il a fixé à 5 ans la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle vu l'absence d'élément de preuve selon lequel l'appelant avait des remords, désirait s'amender ou s'engageait à respecter désormais les lois et les valeurs canadiennes. La Cour d'appel a statué que la disposition relative au mobile est constitutionnelle et qu'elle n'aurait pas dû être retranchée, mais elle a rejeté l'appel formé par K contre sa déclaration de culpabilité, en application de la disposition réparatrice du *Code criminel*, le sous-al. 686(1)(b)(iii). Elle a rejeté l'appel à l'encontre des peines interjeté par K, mais accueilli l'appel incident du ministère public et substitué l'emprisonnement à perpétuité à la peine infligée pour la fabrication d'un détonateur en vue de causer une explosion meurtrière. Soulignant la gravité des actes, elle a infligé pour les autres chefs des peines consécutives totalisant 24 ans d'emprisonnement devant être purgées concurremment avec l'emprisonnement à vie et elle a fixé à 10 ans plutôt qu'à 5 la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Constitutionnalité des dispositions

K conteste la constitutionnalité de la loi au motif que la disposition relative au mobile a un effet paralysant sur l'expression des croyances et des opinions et va de ce fait à l'encontre de l'art. 2 de la *Charte*. Dans leurs pourvois connexes (*Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609), S et N prétendent également que l'objectif de la loi est contraire à l'art. 2 de la *Charte*. Ils allèguent également l'inconstitutionnalité de l'art. 83.18 au motif que sa portée est excessive contrairement à l'art. 7 de la *Charte*. Par souci d'ordre pratique, toutes les allégations d'inconstitutionnalité sont analysées dans le présent pourvoi.

L'article 83.18 ne porte pas atteinte au droit garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Suivant une interprétation téléologique de l'*actus reus* et de la *mens rea* exigés à l'art. 83.18, il ne peut y avoir déclaration de

absent any intent to enhance the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity, and (ii) for conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The legitimate purpose of the Terrorism section of the *Criminal Code* is to provide means by which terrorism may be prosecuted and prevented. This purpose commands a high *mens rea* threshold. To convict under s. 83.18, a judge must be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused specifically intended to enhance the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. There may be direct evidence of this intention. Or the intention may be inferred from evidence of the knowledge of the accused and the nature of his actions. The use of the words “for the purpose of” in s. 83.18 requires a subjective purpose of enhancing the ability of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The accused must specifically intend his actions to have this general effect. Further, the *actus reus* of s. 83.18 does not capture conduct that discloses, at most, a negligible risk of enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The scope of the provision excludes conduct that a reasonable person would not view as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity. The determination of whether a reasonable person would view conduct as capable of materially enhancing the abilities of a terrorist group to facilitate or carry out a terrorist activity hinges on the nature of the conduct and the relevant circumstances. When the tailored reach of s. 83.18 is weighed against the objective of the law, it cannot be said that the selected means are broader than necessary or that the impact of the section is disproportionate.

The purpose of the law does not infringe freedom of expression. While the activities targeted by the Terrorism section of the *Criminal Code* are in a sense expressive activities, most of the conduct caught by the provisions concerns acts or threats of violence. Threats of violence, like acts of violence, are excluded from the scope of the s. 2(b) guarantee. Moreover, the particular nature of the conduct enumerated in s. 83.01(1)(b)(ii)(A), (B), (C) and (D) justifies treating counselling, conspiracy or being an accessory after the fact to that conduct as being intimately connected to violence — and to the danger to Canadian society that such violence represents. As such, the conduct falls outside the protection of s. 2(b) of the *Charter*. However, it is not necessary to decide whether counselling, conspiracy or being an accessory after the fact fall outside

culpabilité (i) pour un acte innocent ou socialement utile accompli sans intention d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter, ni (ii) pour un acte qu'une personne raisonnable ne tiendrait pas pour susceptible d'accroître sensiblement cette capacité. L'objet légitime des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* est d'offrir des moyens de prévenir les actes de terrorisme et de punir leurs auteurs. Étant donné cet objet, la perpétration de l'infraction exige un degré élevé de *mens rea*. Avant de déclarer une personne coupable de l'infraction prévue à l'art. 83.18, le juge doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention spécifique d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. L'intention se démontre par preuve directe ou s'infère de la preuve de ce que savait l'accusé et de la nature de ses actes. L'emploi des mots « dans le but » à l'art. 83.18 exige d'établir une intention subjective d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. Il faut prouver que l'accusé entendait précisément que ses actes aient un tel effet général. De plus, le comportement qui présente au plus un risque négligeable d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter ne correspond pas à l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 83.18. La portée de la disposition exclut le comportement qui, pour une personne raisonnable, ne serait pas susceptible d'accroître sensiblement la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. L'issue d'une telle appréciation fondée sur l'optique d'une personne raisonnable dépend de la nature du comportement et des circonstances en cause. Lorsque l'on pondère la portée ainsi circonscrite de la disposition et l'objectif de celle-ci, on ne peut pas conclure que le moyen retenu par le législateur a une portée excessive ou une incidence disproportionnée.

L'objectif de la loi ne porte pas atteinte à la liberté d'expression. Bien que les actes visés par les dispositions sur le terrorisme du *Code criminel* soient en quelque sorte des activités expressives, la plupart des actes qui tombent sous le coup des dispositions constituent des actes de violence ou des menaces de violence. Comme l'acte de violence, la menace de violence ne bénéficie pas de la garantie prévue à l'al. 2b). Qui plus est, la nature particulière des actes énumérés aux div. 83.01(1)(b)(ii)(A), (B), (C) et (D) justifie que l'on tienne l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait pour des actes étroitement liés à la violence ainsi qu'au danger que présente cette violence pour la société canadienne, de sorte qu'aucun n'est protégé par l'al. 2b) de la *Charte*. Cependant, point n'est besoin de décider de manière générale si

the s. 2(b) guarantee as a general matter. Read as a whole and purposively, s. 83.01(1)(b)(ii)(E), which is directed to acts that intentionally interfere with essential infrastructure without which life may be seriously disrupted and public health threatened, is also confined to the realm of acts and threats of violence. However, it cannot be ruled out that s. 83.01(1)(b)(ii)(E) might in some future case be found to capture protected activity. In such a case, the issue would be whether the incursion on free expression is justified under s. 1 of the *Charte*.

In this case, it is impossible to infer, without evidence, that the motive clause (s. 83.01(1)(b)(i)(A)) will have a chilling effect on the exercise of s. 2 freedoms. The impugned provision is clearly drafted in a manner respectful of diversity, as it allows for the non-violent expression of political, religious or ideological views (s. 83.01(1.1)).

Application of the Provisions in This Appeal and Sentencing

The re-insertion of the motive clause by the Court of Appeal did not make K's trial and convictions unfair. The trial judge made a specific finding that the motive component of the definition of terrorist activity had been proved beyond a reasonable doubt, which suffices to fully support the motive requirement of the convictions. Also, the evidence of motive, and K's knowledge that the motive was shared by him and the terrorist cell, was overwhelming and essentially undisputed. There is no air of reality to K's statement that he could have, or would have, testified to raise a reasonable doubt on motive, had the clause not been struck. In essence, no prejudice flowed from the re-insertion of an essential element of the offence on appeal.

The uncontradicted evidence before the trial judge established beyond a reasonable doubt that K's conduct did not fall within the armed conflict exception in s. 83.01(1) *in fine*, which provides that terrorist activity does not include acts or omissions committed during an armed conflict in accordance with international law. The Crown bears the burden of proving beyond a reasonable doubt that the acts alleged against an accused fall within the definition of terrorist activity, and any reasonable doubt must be resolved in the accused's favour. However, since the armed conflict exception

l'encouragement à la perpétration, le complot ou la complicité après le fait sont visés par l'inapplication du droit à la liberté garanti par l'al. 2b) de la *Charte*. Interprétée globalement et téléologiquement, la div. 83.01(1)(b)(ii)(E), qui a dans sa mire la personne qui perturbe intentionnellement des infrastructures indispensables et sans lesquelles la vie peut être gravement bouleversée et la santé publique menacée, ne vise elle aussi que les actes de violence et les menaces de violence. On ne peut toutefois pas exclure la possibilité que, dans une affaire ultérieure, on arrive à la conclusion que la div. 83.01(1)(b)(ii)(E) réprime une activité protégée. Il s'agira alors de déterminer si la restriction de la liberté d'expression est justifiée suivant l'article premier de la *Charte*.

En l'espèce, sans éléments de preuve, il est impossible d'inférer que la disposition relative au mobile (la div. 83.01(1)(b)(i)(A)) a un effet paralysant sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2. Le libellé de la disposition contestée respecte clairement la diversité en ce qu'il permet l'expression pacifique d'opinions de nature politique, religieuse ou idéologique (par. 83.01(1.1)).

Application des dispositions en l'espèce et détermination de la peine

Le rétablissement par la Cour d'appel de la disposition relative au mobile n'a pas rendu inéquitables le procès de K et les déclarations de culpabilité dont il a fait l'objet. Le juge du procès conclut précisément que le volet de la définition d'activité terroriste qui correspond au mobile est prouvé hors de tout doute raisonnable, ce qui étaye suffisamment cet élément des infractions pour lesquelles il y a déclaration de culpabilité. Qui plus est, la preuve du mobile et du fait que K savait que les membres de la cellule terroriste et lui partageaient ce mobile était accablante et non contestée pour l'essentiel. L'affirmation de K selon laquelle il aurait témoigné — ou il aurait pu le faire — afin de soulever un doute raisonnable quant au mobile si la disposition n'avait pas été invalidée n'a pas de vraisemblance. En somme, le rétablissement en appel d'un élément essentiel de l'infraction n'a causé aucun préjudice en l'espèce.

La preuve non contredite dont disposait le juge du procès établit hors de tout doute raisonnable l'inapplication à K de l'exception du conflit armé prévue *in fine* la définition d'« activité terroriste » au par. 83.01(1), qui dispose que l'activité terroriste ne s'entend pas de l'action ou de l'omission commise au cours d'un conflit armé et conforme au droit international. Il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que les actes reprochés à l'accusé correspondent à la définition d'activité terroriste, et tout doute raisonnable joue en faveur de l'accusé. Toutefois, comme

functions as a defence, the accused must raise it and make a *prima facie* case that it applies. Here K could not do so, as there was no evidential foundation to support its applicability. The trial judge expressly found that K knew that the terrorist group's activities extended beyond the armed conflict in Afghanistan and that he supported the terrorist objectives, and the evidence is overwhelmingly contrary to the proposition that K's acts were part of an armed conflict governed by international law. There is no air of reality to the suggestion that K believed that the group intended to act in compliance with international law, or that he cared if it did.

There is no merit to K's submissions that the convictions are unreasonable. However, the trial judge made critical errors in sentencing. He effectively devalued the seriousness of the appellant's conduct in a way that was inconsistent with the evidence, and failed to give adequate weight to the ongoing danger K posed to society. While the weight to be given to rehabilitation in a given case is best left to the reasoned discretion of trial judges on a case-by-case basis, here the absence of evidence on rehabilitation prospects justified a stiffer sentence than otherwise might have been appropriate. Finally, the heightened gravity of the terrorism offences at issue in this case was sufficient to justify imposition of consecutive sentences running over 20 years, without violating the totality principle. The general principles of sentencing, including the totality principle, apply to terrorism offences.

Cases Cited

Considered: *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; **distinguished:** *R. v. Déry*, 2006 SCC 53, [2006] 2 S.C.R. 669; **referred to:** *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *United States of America v. Nadarajah (No. 1)*, 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *R. v. Ahmad* (2009), 257 C.C.C. (3d) 199; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

l'exception du conflit armé offre un moyen de défense, l'accusé doit la faire valoir et prouver son application *prima facie*. En l'espèce, K ne pouvait s'acquitter de cette obligation, car aucune preuve n'étayait l'applicabilité de l'exception. Le juge du procès conclut expressément que K savait que les activités terroristes du groupe débordaient le cadre du conflit armé sévissant en Afghanistan et qu'il partageait les visées terroristes du groupe. De solides éléments de preuve réfutent la thèse que les actes de K s'inscrivaient dans le cadre d'un conflit armé régi par le droit international. Il est invraisemblable que K ait cru que le groupe comptait respecter le droit international ou qu'il s'en soit soucié.

Les prétentions de K selon lesquelles les déclarations de culpabilité sont déraisonnables sont infondées. Cependant, le juge du procès commet de graves erreurs dans la détermination de la sanction qui s'impose. Il minimise bel et bien, malgré la preuve, la gravité des actes de l'appelant et ne tient pas dûment compte du danger que l'appelant présente toujours pour la société. S'il vaut mieux laisser au juge du procès le soin de décider dans chaque cas de l'importance qu'il convient d'accorder à la réinsertion sociale, en l'espèce, l'absence de données sur les possibilités de réinsertion sociale justifie une peine plus sévère que celle qui aurait convenu autrement. Enfin, l'extrême gravité des infractions de terrorisme en cause dans la présente affaire justifie des peines consécutives totalisant plus de 20 ans d'emprisonnement, et ce, sans entorse au principe de totalité. Les principes généraux de la détermination de la peine, dont celui de la totalité, valent pour les infractions de terrorisme.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Déry*, 2006 CSC 53, [2006] 2 R.C.S. 669; **arrêts mentionnés:** *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *United States of America c. Nadarajah (No. 1)*, 2010 ONCA 859, 109 O.R. (3d) 662; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. Ahmad* (2009), 257 C.C.C. (3d) 199; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC

2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Downey*, 2010 ONSC 1531 (CanLII); *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

Statutes and Regulations Cited

Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part II.1, ss. 83.01(1) “terrorist activity”, “terrorist group”, (1.1), 83.02, 83.03, 83.04, 83.05, 83.18, 83.19, 83.2, 83.21, 83.23, 83.26, 686(1)(b)(iii), 718(c), 718.2, 719.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 95, 1st Sess., 37th Parl., October 16, 2001, p. 6165.
 Davis, Kevin E. “Cutting off the Flow of Funds to Terrorists: Whose Funds? Which Funds? Who Decides?”, in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*. Toronto: University of Toronto Press, 2001, 299.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2011, release 1).
 Parent, Hugues, et Julie Desrosiers. *Traité de droit criminel*, t. 3, *La peine*. Montréal: Thémis, 2012.
 Roach, Kent. “Terrorism Offences and the Charter: A Comment on *R. v. Khawaja*” (2007), 11 *Can. Crim. L.R.* 271.
 Roach, Kent. “The New Terrorism Offences and the Criminal Law”, in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*. Toronto: University of Toronto Press, 2001, 151.
 United Nations. Security Council. U.N. Doc. S/RES/1373, September 28, 2001.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Moldaver and Cronk JJ.A.), 2010 ONCA 862, 103 O.R. (3d) 321, 271 O.A.C. 238, 273 C.C.C. (3d) 415, 82 C.R. (6th) 122, [2010] O.J. No. 5471 (QL), 2010 CarswellOnt 9672, overturning a constitutional ruling by Rutherford J. (2006), 214 C.C.C. (3d) 399, 42 C.R. (6th) 348, 147 C.R.R. (2d) 281, 2006 CanLII 63685, [2006] O.J. No. 4245 (QL), 2006 CarswellOnt 6551, affirming convictions entered by Rutherford J. (2008),

31, [2009] 2 R.C.S. 295; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Downey*, 2010 ONSC 1531 (CanLII); *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2, 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, partie II.1, art. 83.01(1) « activité terroriste », « groupe terroriste », (1.1), 83.02, 83.03, 83.04, 83.05, 83.18, 83.19, 83.2, 83.21, 83.23, 83.26, 686(1)(b)(iii), 718(c), 718.2, 719.
Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, n^o 95, 1^{re} sess., 37^e lég., 16 octobre 2001, p. 6165.
 Davis, Kevin E. « Cutting off the Flow of Funds to Terrorists : Whose Funds? Which Funds? Who Decides? », in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom : Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*. Toronto : University of Toronto Press, 2001, 299.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Supp. Toronto : Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2011, release 1).
 Nations Unies. Conseil de sécurité. N.U. Doc. S/RES/1373, 28 septembre 2001.
 Parent, Hugues, et Julie Desrosiers. *Traité de droit criminel*, t. 3, *La peine*. Montréal : Thémis, 2012.
 Roach, Kent. « Terrorism Offences and the Charter : A Comment on *R. v. Khawaja* » (2007), 11 *R.C.D.P.* 271.
 Roach, Kent. « The New Terrorism Offences and the Criminal Law », in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom : Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*. Toronto : University of Toronto Press, 2001, 151.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Moldaver et Cronk), 2010 ONCA 862, 103 O.R. (3d) 321, 271 O.A.C. 238, 273 C.C.C. (3d) 415, 82 C.R. (6th) 122, [2010] O.J. No. 5471 (QL), 2010 CarswellOnt 9672, qui a annulé une décision du juge Rutherford en matière constitutionnelle (2006), 214 C.C.C. (3d) 399, 42 C.R. (6th) 348, 147 C.R.R. (2d) 281, 2006 CanLII 63685, [2006] O.J. No. 4245 (QL), 2006 CarswellOnt 6551, qui a confirmé les déclarations de

238 C.C.C. (3d) 114, [2008] O.J. No. 4244 (QL), 2008 CarswellOnt 6364, and varying sentences imposed by Rutherford J. (2009), 248 C.C.C. (3d) 233, [2009] O.J. No. 4279 (QL), 2009 CarswellOnt 6322. Appeal dismissed.

Lawrence Greenspon and Eric Granger, for the appellant.

Croft Michaelson and Ian Bell, for the respondent.

Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Yan Paquette and Louis-Philippe Lampron, for the intervener Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval.

Anil K. Kapoor and Lindsay L. Daviau, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Kent Roach and Michael Fenrick, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] The appellant, Mohammad Momin Khawaja, was convicted of five offences under Part II.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, the Terrorism section. He faces a life sentence and a concurrent sentence of 24 years of imprisonment, with a 10-year period of parole ineligibility. He appeals on a variety of grounds, which may be summarized as follows: (1) that the provisions in Part II.1 of the *Criminal Code* under which he was convicted violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and are unconstitutional; (2) that the provisions were misapplied or misinterpreted, resulting in an

culpabilité inscrites par le juge Rutherford (2008), 238 C.C.C. (3d) 114, [2008] O.J. No. 4244 (QL), 2008 CarswellOnt 6364, et qui a modifié les peines infligées par le juge Rutherford (2009), 248 C.C.C. (3d) 233, [2009] O.J. No. 4279 (QL), 2009 CarswellOnt 6322. Pourvoi rejeté.

Lawrence Greenspon et Eric Granger, pour l'appelant.

Croft Michaelson et Ian Bell, pour l'intimée.

Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Yan Paquette et Louis-Philippe Lampron, pour l'intervenant le Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval.

Anil K. Kapoor et Lindsay L. Daviau, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Kent Roach et Michael Fenrick, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] L'appelant, Mohammad Momin Khawaja, a été déclaré coupable de cinq infractions sous le régime de la partie II.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (les dispositions sur le terrorisme) (« Loi »). Il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité et, concurremment, à 24 ans d'emprisonnement sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans. Il se pourvoit devant la Cour en invoquant différents moyens qui peuvent être résumés comme suit : (1) les dispositions de la partie II.1 du *Code criminel* en application desquelles il a été déclaré coupable vont à l'encontre

unfair trial or an unreasonable verdict; and (3) that the Ontario Court of Appeal erred in imposing his sentence.

[2] For the reasons that follow, I would reject each of the contentions of the appellant. The issues in this appeal overlap with some of the issues in the companion appeals of Sriskandarajah and Nadarajah (*Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609). For convenience, I will consider all the constitutional issues in these reasons.

II. The Evidence

[3] The facts underlying the offences were largely undisputed. Voluminous email correspondence attested in graphic detail to the appellant's ideological commitment to violent "jihad" and to his acts in Canada and elsewhere to further jihad-inspired terrorist activities.

[4] While living with his siblings in Canada, the appellant became obsessed with Osama Bin Laden and his cause. The appellant began communicating with other people committed to violence in the name of Islam, some of whom he referred to as "the bros". He entered into covert email correspondence with Junaid Babar, an American of Pakistani descent who eventually pled guilty in New York City to five counts of providing material support or resources to Al Qaeda. He also communicated extensively with Omar Khyam, the leader of a terrorist cell based in London, England, who was convicted along with several co-conspirators of a plot to bomb targets in the U.K. and elsewhere in Europe.

[5] The appellant repeatedly offered Khyam and Babar support. He gave Khyam money for an explosives operation in the United Kingdom or elsewhere in Europe. He gave Babar cash, supplies

de la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont inconstitutionnelles; (2) elles ont été mal appliquées ou mal interprétées, ce qui a donné lieu à un procès inéquitable ou à un verdict déraisonnable; (3) la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur dans la détermination de la peine.

[2] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter chacune des prétentions de l'appellant. Les questions en litige dans la présente affaire recourent celles des pourvois connexes Sriskandarajah et Nadarajah (*Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609). Par souci pratique, j'examine ci-après toutes les questions constitutionnelles que soulèvent ces affaires.

II. La preuve

[3] Les faits correspondant aux infractions ne sont pas contestés pour l'essentiel. Une volumineuse correspondance électronique atteste sans équivoque l'adhésion idéologique de l'appellant au « jihad » armé et aux activités menées en son nom au Canada et ailleurs dans le monde afin de promouvoir le terrorisme d'inspiration jihadiste.

[4] L'appellant vivait au Canada avec ses frères et sa sœur lorsqu'il est devenu obsédé par Oussama ben Laden et ses préceptes. Il a commencé à communiquer avec d'autres partisans de la violence exercée au nom de l'Islam. Il appelait certains de ses interlocuteurs ses « frères ». Il a correspondu clandestinement par courriel avec Junaid Babar, un Américain de descendance pakistanaise qui a reconnu par la suite à New York sa culpabilité à cinq chefs d'accusation d'appui matériel ou financier à Al-Qaïda. Il a également eu une correspondance soutenue avec le dirigeant d'une cellule terroriste basée à Londres, au Royaume-Uni (le « R.-U. »), Omar Khyam. Ce dernier et d'autres personnes ont été déclarés coupables de complot en vue de commettre des attentats à la bombe au R.-U. et ailleurs en Europe.

[5] L'appellant a maintes fois offert son aide à Khyam et à Babar. Il a versé de l'argent à Khyam pour financer un attentat à la bombe au R.-U. ou ailleurs en Europe. Il a remis à Babar de l'argent

violent, dangerous ends contemplated in clauses (A) to (C).

[74] I am not persuaded on the submissions before us that the activities targeted by s. 83.01(1)(b)(ii)(E) fall within the protected zone of free expression. This said, I would not rule out the possibility that s. 83.01(1)(b)(ii)(E) might in some future case be found to capture protected activity. In such a case, the issue would be whether the incursion on free expression is justified under s. 1 of the *Charter*.

[75] I conclude that the purpose of the law does not infringe freedom of expression.

(b) *Does the Effect of the Law Violate Freedom of Expression?*

[76] The appellants all argue that s. 83.01(1)(b)(i)(A), the motive clause, is unconstitutional because (1) it has the effect of chilling the exercise of freedom of expression, freedom of religion and freedom of association; and (2) it would legitimize law enforcement action aimed at scrutinizing individuals based on their religious, political or ideological beliefs. The trial judge in this case accepted this argument and severed the motive clause; the Court of Appeal disagreed and restored it.

[77] The Crown responds that there is no evidence of a chilling effect on expression or of illegitimate targeting. The respondent further argues that the conduct caught by the provisions is not protected by the s. 2(b) guarantee, as it amounts to violence or threats of violence and does not fall within the purposes that underlie the guarantee. If there is no chilling effect with respect to the exercise of freedom of expression, there can be none with respect to freedom of religion or association.

[78] The first question is what sort of evidentiary basis is required to establish that legislation

gravement la santé ou la sécurité de la population, ce qui soustrait à l'application de la div. (E) un large pan de l'activité expressive, à condition qu'elle n'ait pas pour but les situations empreintes de violence mentionnées aux div. (A) à (C).

[74] Les appelants ne me convainquent pas que les activités visées à la div. 83.01(1)(b)(ii)(E) se situent dans la zone protégée au titre de la liberté d'expression. Cela dit, je n'exclus pas la possibilité que, dans une affaire ultérieure, on arrive à la conclusion que cette disposition réprime une activité protégée. Il s'agira alors de déterminer si la restriction de la liberté d'expression est justifiée suivant l'article premier de la *Charte*.

[75] Je conclus que l'objectif de la Loi ne porte pas atteinte à la liberté d'expression.

b) *L'effet de la Loi va-t-il à l'encontre de la liberté d'expression?*

[76] Les appelants prétendent que la div. 83.01(1)(b)(i)(A), à savoir la disposition relative au mobile, est inconstitutionnelle (1) parce qu'elle a un effet paralysant sur l'exercice des libertés d'expression, de religion et d'association et (2) qu'elle légitime une mesure d'application de la Loi qui soumet des personnes à une surveillance étroite en raison de leurs convictions religieuses, politiques ou idéologiques. Dans la présente affaire, le juge du procès fait droit à sa thèse et retranche de la Loi la disposition relative au mobile. La Cour d'appel exprime l'avis contraire et rétablit la disposition.

[77] Le ministère public rétorque qu'aucun élément ne prouve un effet paralysant sur la liberté d'expression ou un ciblage illégitime. Il ajoute que le comportement visé par la disposition n'est pas protégé par l'al. 2b), car il équivaut à perpétrer un acte de violence ou à proférer une menace de violence, ce qui ne fait pas partie de la raison d'être de la garantie constitutionnelle. S'il n'y a pas d'effet paralysant sur l'exercice de la liberté d'expression, il ne peut y en avoir un sur l'exercice des libertés de religion ou d'association.

[78] Il faut d'abord déterminer quel type de preuve est requis pour établir que la loi a un effet

has a chilling effect on the exercise of s. 2 freedoms. The appellants say that a chilling effect can be inferred on the basis of logic, common sense and the academic literature, as the trial judge did. The respondent says that there must be proof of a chilling effect in the form of credible empirical or anecdotal evidence, as the Court of Appeal held.

[79] In some situations, a chilling effect can be inferred from known facts and experience. For example, no reasonable person would dispute that a law that makes the press liable in damages for responsible reporting on political figures will probably have a chilling effect on what the press says. In such a case, it may be unnecessary to call evidence of a chilling effect. Therefore, if the Court of Appeal is understood as suggesting that a claimant under s. 2 of the *Charter* must always call evidence of a chilling effect, I could not agree.

[80] However, in this case, it is impossible to infer, without evidence, that the motive clause will have a chilling effect on the exercise of s. 2 freedoms by people holding religious or ideological views similar to those held by some terrorists. The reasons of the Court of Appeal detail why such an inference cannot be made.

[81] First, a causal connection between the motive clause and the chilling of expression of religious or ideological views has not been demonstrated. The chill in the expression of religious and ideological views referred to by the trial judge flowed from the post-“9/11” climate of suspicion, not from the motive clause in the terrorism legislation.

[82] Second, a chilling effect that results from a patently incorrect understanding of a provision cannot ground a finding of unconstitutionality. Indeed, the motive clause would only have a chilling effect on individuals who have cursory or incomplete knowledge of s. 83.01. Anyone

paralysant sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2. Les appelants soutiennent qu'on peut conclure à l'existence d'un tel effet en se fondant, comme le juge du procès, sur la logique, le bon sens et la doctrine. L'intimé convient pour sa part avec la Cour d'appel que l'existence d'un effet paralysant doit être prouvée au moyen de données empiriques fiables.

[79] Dans certains cas, l'existence de l'effet paralysant peut être inférée de faits connus et d'observations antérieures. Par exemple, toute personne raisonnable conviendrait qu'une loi rendant les journalistes passibles de dommages-intérêts en cas de reportages réalisés de manière responsable sur des hommes ou des femmes politiques aurait probablement un effet paralysant sur le travail journalistique. Dans un tel cas, il peut être inutile de prouver l'effet paralysant. Par conséquent, je ne peux être d'accord avec la Cour d'appel dans la mesure où elle laisse entendre que la personne qui invoque l'art. 2 de la *Charte* doit toujours prouver l'effet paralysant.

[80] Or, en l'espèce, sans éléments de preuve, il est impossible d'inférer que la disposition relative au mobile a un effet paralysant sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2 par les personnes dont les convictions religieuses ou idéologiques s'apparentent à celles de certains terroristes. Les motifs de la Cour d'appel exposent en détail les raisons pour lesquelles on ne peut tirer une telle inférence.

[81] Premièrement, on n'a démontré aucun lien de causalité entre la disposition relative au mobile et la réticence à exprimer des opinions de nature religieuse ou idéologique. L'effet paralysant sur l'expression de telles opinions dont fait mention le juge du procès découle du climat de méfiance créé par les attentats du 11 septembre 2001, non pas de la disposition de la Loi relative au mobile.

[82] Deuxièmement, l'effet paralysant causé par l'interprétation manifestement erronée d'une disposition ne saurait justifier une conclusion d'inconstitutionnalité. La disposition relative au mobile ne peut en effet avoir d'effet paralysant que sur une personne qui n'a qu'une connaissance superficielle

who reads the entire provision will take notice of s. 83.01(1.1), which expressly declares that “terrorist activity” within the meaning of the *Criminal Code* does not include the non-violent expression of a political, religious or ideological thought, belief or opinion. Only individuals who go well beyond the legitimate expression of a political, religious or ideological thought, belief or opinion, and instead engage in one of the serious forms of violence — or threaten one of the serious forms of violence — listed in s. 83.01(1)(b)(ii) need fear liability under the terrorism provisions of the *Criminal Code*.

[83] Third, any chilling effect that results from police misconduct, such as profiling based exclusively on ethnicity or religious belief, is not a chill created by the terrorism legislation. I agree with the following statement made by the Court of Appeal, at para. 134:

Nor can improper conduct by the state actors charged with enforcing legislation render what is otherwise constitutional legislation unconstitutional. Where the problem lies with the enforcement of a constitutionally valid statute, the solution is to remedy that improper enforcement, not to declare the statute unconstitutional: *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000 SCC 69,] [2000] 2 S.C.R. 1120, . . . at paras. 133-35.

Criminal liability should not be based on a person’s political, religious or ideological views. Police should not target people as potential suspects solely because they hold or express particular views. Nor should the justice system employ improper stereotyping as a tool in legislation, investigation or prosecution. In the present case, the impugned provision is clearly drafted in a manner respectful of diversity, as it allows for the non-violent expression of political, religious or ideological views. It raises no concerns with respect to improper stereotyping.

[84] For these reasons, I agree with the Court of Appeal that the appellants have not established that

ou incomplète de l’art. 83.01. La personne qui lit l’article en entier prend connaissance du par. 83.01(1.1), qui dispose expressément qu’une « activité terroriste » au sens du *Code criminel* ne s’entend pas de l’expression pacifique d’une pensée, d’une croyance ou d’une opinion de nature politique, religieuse ou idéologique. Seule la personne qui ne s’en tient pas à l’expression légitime d’une telle pensée, croyance ou opinion et qui se livre plutôt à quelque acte de violence grave énuméré au sous-al. 83.01(1)(b)(ii) ou qui menace autrui de le faire doit craindre d’engager sa responsabilité sous le régime des dispositions sur le terrorisme du *Code criminel*.

[83] Troisièmement, l’effet paralysant résultant d’une faute policière, tel le profilage fondé uniquement sur l’appartenance ethnique ou la confession religieuse, ne saurait être imputé aux dispositions sur le terrorisme. Je souscris à l’extrait suivant des motifs de la Cour d’appel, au par. 134 :

[TRADUCTION] Le comportement inapproprié des représentants de l’État qui veillent à l’application de la loi ne peut pas non plus rendre inconstitutionnel ce qui est par ailleurs constitutionnel. Lorsque le problème a trait à l’application d’une loi constitutionnelle, la solution consiste à remédier à l’application inappropriée, et non à déclarer la loi inconstitutionnelle : *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000 CSC 69,] [2000] 2 R.C.S. 1120, [. . .] par. 133-135.

La responsabilité criminelle d’une personne ne doit pas prendre appui sur ses convictions de nature politique, religieuse ou idéologique. La police ne doit pas soupçonner une personne pour le seul motif que celle-ci a ou exprime telle ou telle conviction. Le système de justice doit également s’abstenir de recourir à l’application inopportune de stéréotypes pour légiférer, faire enquête ou engager une poursuite. En l’espèce, le libellé de la disposition contestée respecte clairement la diversité en ce qu’il permet l’expression pacifique d’opinions de nature politique, religieuse ou idéologique. Il ne fait nullement craindre l’application inopportune de stéréotypes.

[84] C’est pourquoi je conviens avec la Cour d’appel que les appelants n’ont pas établi l’effet

the motive clause has a chilling effect on the exercise of s. 2 liberties and results in an infringement of s. 2 of the *Charter*. The motive clause is constitutional and need not be excised from the law, as the trial judge held. This is not altered by the fact that terrorist legislation in some countries does not contain a motive clause, or by the argument that the clause is unnecessary to the Canadian legislative scheme.

3. Conclusion on the Constitutionality of the Law

[85] I conclude that the impugned provisions do not infringe s. 7 or s. 2 of the *Charter*. It is therefore unnecessary to consider s. 1 of the *Charter*.

B. *Was the Law Correctly Applied?*

1. Did the Deletion and Subsequent Reinsertion of the Motive Clause Make the Trial and Convictions Unfair?

[86] The trial judge found the motive clause unconstitutional and severed it. The trial proceeded on the basis that this clause was removed from the legislation, and the accused was convicted on the charges from which he appeals. The Court of Appeal held that the motive clause is constitutional and should not have been severed. It nevertheless upheld the convictions under the curative proviso of the *Criminal Code*, s. 686(1)(b)(iii), on the ground that the trial judge concluded that motive had been proven in any event.

[87] The appellant argues that the removal and later re-insertion of the motive clause made his trial and the convictions unfair. He argues that he has been convicted of different crimes on appeal than those he faced at trial. The curative proviso cannot be applied, he argues, to errors committed by a trial judge that compromise the fairness of the trial. By convicting the appellant of different charges (i.e. under different provisions) than he faced at trial,

paralysant de la disposition relative au mobile sur l'exercice des libertés garanties à l'art. 2, ni son atteinte aux droits que consacre l'art. 2 de la *Charte*. La disposition est constitutionnelle et n'a pas à être retranchée de la Loi, contrairement à la décision du juge du procès. Ni l'inexistence dans les lois sur le terrorisme de certains pays d'une disposition relative au mobile, ni la thèse de l'inutilité de la disposition contestée dans le régime législatif canadien ne sauraient réfuter cette conclusion.

3. Conclusion sur la constitutionnalité de la Loi

[85] Je conclus que les dispositions contestées ne violent pas les droits garantis aux art. 7 ou 2 de la *Charte*. Il est donc inutile d'examiner l'article premier de celle-ci.

B. *La Loi a-t-elle été appliquée correctement?*

1. L'invalidation de la disposition relative au mobile puis son rétablissement ultérieur ont-ils rendu inéquitables le procès et les déclarations de culpabilité?

[86] Le juge du procès tient pour inconstitutionnelle la disposition relative au mobile et il la retranche de la Loi. Il instruit le procès sur cette base et déclare l'accusé coupable des accusations portées. Saisie de l'appel de cette décision, la Cour d'appel statue que la disposition est constitutionnelle et qu'elle n'aurait pas dû être retranchée. Elle confirme néanmoins les déclarations de culpabilité en application de la disposition réparatrice du *Code criminel*, le sous-al. 686(1)(b)(iii), au motif que le juge du procès a estimé que le mobile était de toute façon prouvé.

[87] L'appellant prétend que le retranchement de la disposition relative au mobile puis son rétablissement ont rendu inéquitables le procès et les déclarations de culpabilité. Il soutient avoir été déclaré coupable de crimes différents en appel et en première instance. Selon lui, la disposition réparatrice ne peut s'appliquer aux erreurs du juge de première instance qui compromettent l'équité du procès. En le déclarant coupable d'autres accusations (soit sur

Dr. Henry Morgentaler, Dr. Leslie Frank Smoling and Dr. Robert Scott *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. MORGENTALER

File No.: 19556.

1986: October 7, 8, 9, 10; 1988: January 28.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Fundamental justice — Abortion — Criminal Code prohibiting abortion except where life or health of woman endangered — Whether or not abortion provisions infringe right to life, liberty and security of the person — If so, whether or not such infringement in accord with fundamental justice — Whether or not impugned legislation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251.

Constitutional law — Jurisdiction — Superior court powers and inter-delegation — Whether or not therapeutic abortion committees exercising s. 96 court functions — Whether or not abortion provisions improperly delegate criminal law powers — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 96.

Constitutional law — Charter of Rights — Whether or not Attorney General's right of appeal constitutional — Costs — Whether or not prohibition on costs constitutional — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 605, 610(3).

Criminal law — Abortion — Criminal Code prohibiting abortion and procuring of abortion except where life or health of woman endangered — Whether or not abortion provisions ultra vires Parliament — Whether or not abortion provisions infringe right to life, liberty and security of the person — If so, whether or not such infringement in accord with fundamental justice —

D^r Henry Morgentaler, D^r Leslie Frank Smoling et D^r Robert Scott *Appelants*

c.

a Sa Majesté La Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

b RÉPERTORIÉ: R. c. MORGENTALER

N° du greffe: 19556.

1986: 7, 8, 9, 10 octobre; 1988: 28 janvier.

c Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

d Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Avortement — Le Code criminel interdit l'avortement, sauf si la vie ou la santé de la femme est en danger — Les dispositions sur l'avortement portent-elles atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? — Si oui, une telle atteinte est-elle en conformité avec la justice fondamentale? — La loi en cause est-elle raisonnable et peut-elle être justifiée dans une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251.

e g Droit constitutionnel — Compétence — Pouvoirs des cours supérieures et délégation — Les comités de l'avortement thérapeutique exercent-ils les fonctions d'une cour créée en vertu de l'art. 96? — Les dispositions sur l'avortement constituent-elles une délégation irrégulière de la compétence en matière criminelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 96.

f h Droit constitutionnel — Charte des droits — Le droit d'appel du procureur général est-il constitutionnel? — Dépens — L'interdiction relative aux dépens est-elle constitutionnelle? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 605, 610(3).

i j Droit criminel — Avortement — Le Code criminel interdit l'avortement et de procurer un avortement, sauf si la vie ou la santé de la femme est en danger — Les dispositions sur l'avortement excèdent-elles les pouvoirs du Parlement? — Les dispositions sur l'avortement portent-elles atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? — Si oui, une telle atteinte est-elle en conformité avec la justice fondamentale? — La loi en cause est-elle raisonnable et

Whether or not impugned legislation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

Criminal law — Juries — Address to jury advising them to ignore law as stated by judge — Counsel wrong.

Appellants, all duly qualified medical practitioners, set up a clinic to perform abortions upon women who had not obtained a certificate from a therapeutic abortion committee of an accredited or approved hospital as required by s. 251(4) of the *Criminal Code*. The doctors had made public statements questioning the wisdom of the abortion laws in Canada and asserting that a woman has an unfettered right to choose whether or not an abortion is appropriate in her individual circumstances. Indictments were preferred against the appellants charging that they had conspired with each other with intent to procure abortions contrary to ss. 423(1)(d) and 251(1) of the *Criminal Code*.

Counsel for the appellants moved to quash the indictment or to stay the proceedings before pleas were entered on the grounds that s. 251 of the *Criminal Code* was *ultra vires* the Parliament of Canada, in that it infringed ss. 2(a), 7 and 12 of the *Charter*, and was inconsistent with s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The trial judge dismissed the motion, and the Ontario Court of Appeal dismissed an appeal from that decision. The trial proceeded before a judge sitting with a jury, and the three accused were acquitted. The Crown appealed the acquittal and the appellants filed a cross-appeal. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial. The Court held that the cross-appeal related to issues already raised in the appeal, and the issues, therefore, were examined as part of the appeal.

The Court stated the following constitutional questions:

1. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 251 justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

peut-elle être justifiée dans une société libre et démocratique?

Droit criminel — Jury — Exposé au jury lui conseillant d'ignorer les règles de droit énoncées par le juge — a Erreur de l'avocat.

Les appelants sont tous docteurs en médecine; ensemble, ils ont ouvert une clinique pour pratiquer des avortements sur des femmes qui n'avaient pas obtenu le certificat du comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital accrédité ou approuvé requis par le par. 251(4) du *Code criminel*. Les médecins ont fait des déclarations publiques dans lesquelles ils ont mis en doute la sagesse de la législation canadienne sur l'avortement et ont affirmé qu'une femme a le droit souverain de décider si un avortement s'impose ou non dans sa situation personnelle. Des actes d'accusation ont été portés contre les appelants les inculquant de complot, les uns avec les autres, avec l'intention de procurer des avortements, infractions prévues à l'al. 423(1)d) et au par. 251(1) du *Code criminel*.

L'avocat des appelants a demandé l'annulation de l'acte d'accusation ou la suspension des poursuites avant d'inscrire les plaidoyers, pour le motif que l'art. 251 du *Code criminel* excéderait les pouvoirs du Parlement du Canada, enfreindrait l'al. 2a) et les art. 7 et 12 de la *Charte* et entrerait en conflit avec l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le juge de première instance a rejeté la requête et l'appel interjeté à la Cour d'appel de l'Ontario a aussi été rejeté. Le procès s'est poursuivi devant juge et jury et les trois accusés ont été acquittés. Le ministère public a interjeté appel de l'acquiescement et les appelants ont formé un appel incident. La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé le verdict d'acquiescement et ordonné un nouveau procès. La Cour a jugé que l'appel incident se rapportait à des points déjà soulevés dans l'appel principal et on les a donc étudiés dans le cadre de ce dernier.

La Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 251 du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si l'article 251 du *Code criminel* du Canada porte atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

3. Is section 251 of the *Criminal Code* of Canada *ultra vires* the Parliament of Canada?
4. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?
5. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada unlawfully delegate federal criminal power to provincial Ministers of Health or Therapeutic Abortion Committees, and in doing so, has the Federal Government abdicated its authority in this area?
6. Do sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
7. If sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Held (McIntyre and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittals restored. The first constitutional question should be answered in the affirmative as regards s. 7 and the second in the negative as regards s. 7. The third, fourth and fifth constitutional questions should be answered in the negative. The sixth constitutional question should be answered in the negative with respect to s. 605 of the *Criminal Code* and should not be answered as regards s. 610(3). The seventh constitutional question should not be answered.

Per Dickson C.J. and Lamer J.: Section 7 of the *Charter* requires that the courts review the substance of legislation once the legislation has been determined to infringe an individual's right to "life, liberty and security of the person". Those interests may only be impaired if the principles of fundamental justice are respected. It was sufficient here to investigate whether or not the impugned legislative provisions met the procedural standards of fundamental justice and the Court accordingly did not need to tread the fine line between substantive review and the adjudication of public policy.

State interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, at least in the criminal law context, constitutes a breach of security of the person. Section 251 clearly interferes with a woman's physical and bodily integrity. Forcing a woman, by threat of criminal sanction, to carry a foetus to term unless she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations, is a profound interference

3. L'article 251 du *Code criminel* du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?
4. L'article 251 du *Code criminel* du Canada viole-t-il l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
5. L'article 251 du *Code criminel* du Canada délègue-t-il illégalement la compétence fédérale en matière criminelle aux ministres de la Santé provinciaux ou aux comités de l'avortement thérapeutique et, ce faisant, le gouvernement fédéral a-t-il abdiqué son autorité dans ce domaine?
6. L'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
7. Si l'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Arrêt (les juges McIntyre et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et les acquittements sont rétablis. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative en ce qui concerne l'art. 7 et la deuxième question une réponse négative en ce qui concerne l'art. 7. Les troisième, quatrième et cinquième questions reçoivent une réponse négative. La sixième question reçoit une réponse négative en ce qui concerne l'art. 605 du *Code criminel* et ne reçoit aucune réponse en ce qui concerne le par. 610(3). Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

Le juge en chef Dickson et le juge Lamer: L'article 7 de la *Charte* impose aux tribunaux le devoir d'examiner, au fond, les textes législatifs une fois qu'il a été jugé qu'ils enfreignent le droit de l'individu «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». Il ne peut être porté atteinte à ces intérêts que si les principes de justice fondamentale sont respectés. Il suffit en l'espèce d'examiner si les dispositions législatives en cause sont conformes aux normes procédurales de justice fondamentale et il n'est donc pas nécessaire que la Cour touche à l'équilibre fragile entre examen du fond et décision de politiques générales.

L'atteinte que l'État porte à l'intégrité physique et la tension psychologique causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une violation de la sécurité de la personne. L'article 251 constitue clairement une atteinte à l'intégrité physique et émotionnelle d'une femme. Forcer une femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener le foetus à terme, à moins qu'elle ne remplisse certains critères indépendants

1988 CanLII 90 (SCC)

with a woman's body and thus an infringement of security of the person. A second breach of the right to security of the person occurs independently as a result of the delay in obtaining therapeutic abortions caused by the mandatory procedures of s. 251 which results in a higher probability of complications and greater risk. The harm to the psychological integrity of women seeking abortions was also clearly established.

Any infringement of the right to life, liberty and security of the person must comport with the principles of fundamental justice. These principles are to be found in the basic tenets of our legal system. One of the basic tenets of our system of criminal justice is that when Parliament creates a defence to a criminal charge, the defence should not be illusory or so difficult to attain as to be practically illusory.

The procedure and restrictions stipulated in s. 251 for access to therapeutic abortions make the defence illusory resulting in a failure to comply with the principles of fundamental justice. A therapeutic abortion may be approved by a "therapeutic abortion committee" of an "accredited or approved hospital". The requirement of s. 251(4) that at least four physicians be available at that hospital to authorize and to perform an abortion in practice makes abortions unavailable in many hospitals. The restrictions attaching to the term "accredited" automatically disqualifies many Canadian hospitals from undertaking therapeutic abortions. The provincial approval of a hospital for the purpose of performing therapeutic abortions further restricts the number of hospitals offering this procedure. Even if a hospital is eligible to create a therapeutic abortion committee, there is no requirement in s. 251 that the hospital need do so. Provincial regulation as well can heavily restrict or even deny the practical availability of the exculpatory provisions of s. 251(4).

The administrative system established in s. 251(4) fails to provide an adequate standard for therapeutic abortion committees which must determine when a therapeutic abortion should, as a matter of law, be granted. The word "health" is vague and no adequate guidelines have been established for therapeutic abortion committees. It is typically impossible for women to know in advance what standard of health will be applied by any given committee.

The argument that women facing difficulties in obtaining abortions at home can simply travel elsewhere would not be especially troubling if those difficulties

de ses propres priorités et aspirations, est une ingérence profonde à l'égard de son corps et donc une atteinte à la sécurité de sa personne. Une deuxième violation du droit à la sécurité de la personne se produit indépendamment par suite du retard à obtenir un avortement thérapeutique en raison de la procédure imposée par l'art. 251 qui entraîne une augmentation de la probabilité de complications et accroît les risques. Il a été clairement établi que l'art. 251 porte atteinte à l'intégrité psychologique des femmes voulant un avortement.

Toute atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne doit être en accord avec les principes de justice fondamentale. On trouve ces principes dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. L'un des préceptes fondamentaux de notre système de justice criminelle est que, lorsque le Parlement crée une défense à l'égard d'une accusation criminelle, celle-ci ne doit être ni illusoire ni à ce point difficile à faire valoir qu'elle soit pratiquement illusoire.

La procédure et les restrictions établies par l'art. 251 pour avoir droit à un avortement rendent la défense illusoire et reviennent au non-respect des principes de justice fondamentale. Un avortement thérapeutique doit être approuvé par un «comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital «accrédité ou approuvé». L'obligation du par. 251(4) qu'au moins quatre médecins soient disponibles dans cet hôpital pour autoriser et pratiquer un avortement, signifie en pratique que beaucoup d'hôpitaux ne peuvent pas pratiquer des avortements. Les restrictions découlant du terme «accrédité» interdisent automatiquement à un grand nombre d'hôpitaux canadiens de pratiquer des avortements thérapeutiques. L'accréditation provinciale d'un hôpital aux fins de pratiquer des avortements thérapeutiques restreint encore plus le nombre d'hôpitaux où on peut les pratiquer. Même si un hôpital est autorisé à former un comité de l'avortement thérapeutique, rien dans l'art. 251 ne l'oblige à le faire. La réglementation provinciale peut fortement limiter et même supprimer le recours en pratique aux dispositions disculpatoires du par. 251(4).

Le système administratif établi par le par. 251(4) n'offre pas de norme adéquate à laquelle les comités de l'avortement thérapeutique doivent se référer lorsqu'ils ont à décider si un avortement thérapeutique devrait, en droit, être autorisé. Le terme «santé» est vague et aucunes directives adéquates n'ont été établies pour les comités de l'avortement thérapeutique. Il est, en général, impossible que les femmes sachent à l'avance quelle norme de santé un comité donné appliquera.

L'argument voulant que les femmes qui éprouvent des difficultés à se faire avorter au lieu de leur domicile n'ont qu'à se rendre ailleurs ne serait pas spécialement

were not in large measure created by the procedural requirements of s. 251. The evidence established convincingly that it is the law itself which in many ways prevents access to local therapeutic abortion facilities.

Section 251 cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. The objective of s. 251 as a whole, namely to balance the competing interests identified by Parliament, is sufficiently important to pass the first stage of the s. 1 inquiry. The means chosen to advance its legislative objectives, however, are not reasonable or demonstrably justified in a free and democratic society. None of the three elements for assessing the proportionality of means to ends is met. Firstly, the procedures and administrative structures created by s. 251 are often unfair and arbitrary. Moreover, these procedures impair s. 7 rights far more than is necessary because they hold out an illusory defence to many women who would *prima facie* qualify under the exculpatory provisions of s. 251(4). Finally, the effects of the limitation upon the s. 7 rights of many pregnant women are out of proportion to the objective sought to be achieved and may actually defeat the objective of protecting the life and health of women.

Per Beetz and Estey JJ.: Before the advent of the *Charter*, Parliament recognized, in adopting s. 251(4) of the *Criminal Code*, that the interest in the life or health of the pregnant woman takes precedence over the interest in prohibiting abortions, including the interest of the state in the protection of the foetus, when "the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health". This standard in s. 251(4) became entrenched at least as a minimum when the "right to life, liberty and security of the person" was enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* at s. 7.

"Security of the person" within the meaning of s. 7 of the *Charter* must include a right of access to medical treatment for a condition representing a danger to life or health without fear of criminal sanction. If an act of Parliament forces a pregnant woman whose life or health is in danger to choose between, on the one hand, the commission of a crime to obtain effective and timely medical treatment and, on the other hand, inadequate treatment or no treatment at all, her right to security of the person has been violated.

gênant si ces difficultés ne résultaient pas dans une large mesure des exigences de procédure de l'art. 251. La preuve établit de façon convaincante que c'est la loi elle-même qui, de bien des manières, empêche de s'adresser aux institutions locales offrant l'avortement thérapeutique.

L'article 251 ne peut être sauvé par l'article premier de la *Charte*. L'objectif de l'art. 251 dans son ensemble, soit d'équilibrer les intérêts en concurrence identifiés par le Parlement, est suffisamment important pour passer le premier stade de l'examen au regard de l'article premier. Les moyens choisis pour mettre en œuvre ces objectifs législatifs ne sont pas raisonnables et leur justification ne peut se démontrer dans une société libre et démocratique. On ne trouve aucun des trois éléments permettant d'évaluer la proportionnalité des moyens et de la fin. Premièrement, la procédure et les structures administratives instaurées par l'art. 251 sont souvent arbitraires et injustes. En outre, ces procédures portent atteinte aux droits garantis par l'art. 7 au-delà de ce qui est nécessaire, puisqu'elle ne fournit qu'une défense illusoire à nombre de femmes qui, *prima facie*, pourraient se prévaloir des dispositions disculpatoires du par. 251(4). Enfin, les effets de la limitation des droits garantis par l'art. 7, pour nombre de femmes enceintes, sont disproportionnés par rapport à l'objectif recherché et peuvent effectivement mettre en échec l'objectif de protection de la vie et de la santé des femmes.

Les juges Beetz et Estey: Avant l'avènement de la *Charte*, le Parlement a reconnu, en adoptant le par. 251(4) du *Code criminel*, que l'intérêt que représente la vie ou la santé de la femme enceinte l'emporte sur celui qu'il y a à interdire les avortements, y compris l'intérêt qu'a l'État dans la protection du foetus, lorsque «la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière». Ce critère du par. 251(4) a été consacré, au moins comme minimum, lorsque le «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne» a été enchâssé dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, à l'art. 7.

L'expression «sécurité de la personne», au sens de l'art. 7 de la *Charte*, doit inclure le droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale. Si une loi du Parlement force une femme enceinte dont la vie ou la santé est en danger à choisir entre, d'une part, la perpétration d'un crime pour obtenir un traitement médical efficace en temps opportun et, d'autre part, un traitement inadéquat, voire aucun traitement, son droit à la sécurité de sa personne a été violé.

According to the evidence, the procedural requirements of s. 251 of the *Criminal Code* significantly delay pregnant women's access to medical treatment resulting in an additional danger to their health, thereby depriving them of their right to security of the person. This deprivation does not accord with the principles of fundamental justice. While Parliament is justified in requiring a reliable, independent and medically sound opinion as to the "life or health" of the pregnant woman in order to protect the state interest in the foetus, and while any such statutory mechanism will inevitably result in some delay, certain of the procedural requirements of s. 251 of the *Criminal Code* are nevertheless manifestly unfair. These requirements are manifestly unfair in that they are unnecessary in respect of Parliament's objectives in establishing the administrative structure and in that they result in additional risks to the health of pregnant women.

The following statutory requirements contribute to the manifest unfairness of the administrative structure imposed by the *Criminal Code*: (1) the requirement that all therapeutic abortions must take place in an "accredited" or "approved" hospital as defined in s. 251(6); (2) the requirement that the committee come from the accredited or approved hospital in which the abortion is to be performed; (3) the provision that allows hospital boards to increase the number of members of a committee; (4) the requirement that all physicians who practise lawful therapeutic abortions be excluded from the committees.

The primary objective of s. 251 of the *Criminal Code* is the protection of the foetus. The protection of the life and health of the pregnant woman is an ancillary objective. The primary objective does relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society and which, pursuant to s. 1 of the *Charter*, justify reasonable limits to be put on a woman's right. However, the means chosen in s. 251 are not reasonable and demonstrably justified. The rules unnecessary in respect of the primary and ancillary objectives which they are designed to serve, such as the above-mentioned rules contained in s. 251, cannot be said to be rationally connected to these objectives under s. 1 of the *Charter*. Consequently, s. 251 does not constitute a reasonable limit to the security of the person.

It is not necessary to answer the question concerning the circumstances in which there is a proportionality between the effects of s. 251 which limit the right of pregnant women to security of the person and the

D'après la preuve soumise, les exigences procédurales de l'art. 251 du *Code criminel* ont pour effet de retarder considérablement l'obtention par les femmes enceintes d'un traitement médical, ce qui cause un danger additionnel pour leur santé et porte atteinte, par le fait même, à leur droit à la sécurité de leur personne. Cette atteinte n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Quoique le Parlement soit justifié d'exiger une opinion médicale éclairée, indépendante et fiable relativement à la vie ou à la santé de la femme enceinte pour protéger l'intérêt qu'a l'État à l'égard du fœtus et quoiqu'un tel dispositif législatif entraîne inévitablement des délais, certaines des exigences procédurales de l'art. 251 du *Code criminel* sont néanmoins nettement injustes. Ces exigences sont nettement injustes en ce sens qu'elles sont inutiles au regard des objectifs poursuivis par le Parlement en établissant la structure administrative et qu'elles entraînent des risques additionnels pour la santé des femmes enceintes.

Les exigences législatives suivantes rendent nettement injuste la structure administrative imposée par le *Code criminel*: (1) l'obligation que tous les avortements thérapeutiques soient pratiqués dans des hôpitaux «accrédités» ou «approuvés» selon la définition du par. 251(6); (2) l'obligation que le comité provienne de l'hôpital accrédité ou approuvé où l'avortement doit être pratiqué; (3) la disposition qui autorise un conseil d'hôpital à augmenter le nombre de membres d'un comité; (4) l'exclusion du sein de ces comités de tous les médecins qui pratiquent des avortements thérapeutiques licites.

L'objectif premier de l'art. 251 du *Code criminel* est la protection du fœtus. La protection de la vie et de la santé de la femme enceinte est un objectif secondaire. L'objectif premier, celui de la protection du fœtus, touche effectivement à des questions qui sont urgentes et importantes dans une société libre et démocratique et qui, conformément à l'article premier de la *Charte*, justifient que des limites raisonnables soient imposées au droit d'une femme. Toutefois, les moyens choisis par l'art. 251 ne sont pas raisonnables et leur justification ne peut être démontrée. On ne peut dire que les règles inutiles aux fins des objectifs premier et secondaire qu'elles sont censées appuyer, comme les règles susmentionnées de l'art. 251, ont un lien rationnel avec ces objectifs aux termes de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, l'art. 251 ne constitue pas une limite raisonnable à la sécurité de la personne.

Il n'est pas nécessaire de répondre à la question relative aux circonstances dans lesquelles il y a proportionnalité entre les effets de l'art. 251 qui limite le droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne et

1988 CanLII 90 (SCC)

objective of the protection of the foetus. In any event, the objective of protecting the foetus would not justify the severity of the breach of pregnant women's right to security of the person which would result if the exculpatory provision of s. 251 was completely removed from the *Criminal Code*. However, it is possible that a future enactment by Parliament that would require a higher degree of danger to health in the latter months of pregnancy, as opposed to the early months, for an abortion to be lawful, could achieve a proportionality which would be acceptable under s. 1 of the *Charter*.

Given the conclusion that s. 251 contains rules unnecessary to the protection of the foetus, the question as to whether a foetus is included in the word "everyone" in s. 7, so as to have a right to "life, liberty and security of the person" under the *Charter*, need not be decided.

Section 251 is not colourable provincial legislation in relation to health but rather a proper exercise of Parliament's criminal law power pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. The section does not offend s. 96 of the *Constitution Act, 1867* because the therapeutic abortion committees are not given judicial powers which were exercised by county, district and superior courts at the time of Confederation. These committees exercise a medical judgment on a medical question. Finally, s. 251 does not constitute an unlawful delegation of federal legislative power nor does it represent an abdication of the criminal law power by Parliament.

There is no merit in the argument based on s. 605(1)(a) of the *Criminal Code*. It is unnecessary to decide whether or not s. 610(3) of the *Criminal Code* violates ss. 7, 11(d), (f), (h) and 15 of the *Charter* or whether this Court has the power to award costs on appeals under s. 24(1) of the *Charter*. Whatever this Court's power to award costs in appeals such as this one, costs should not be awarded in this case.

Per Wilson J.: Section 251 of the *Criminal Code*, which limits the pregnant woman's access to abortion, violates her right to life, liberty and security of the person within the meaning of s. 7 of the *Charter* in a way which does not accord with the principles of fundamental justice.

The right to "liberty" contained in s. 7 guarantees to every individual a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting his or her pri-

l'objectif de la protection du fœtus. De toute façon, l'objectif de la protection du fœtus ne justifierait pas la gravité de la violation du droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne qui se produirait si la disposition disculpatoire de l'art. 251 était totalement exclue du *Code criminel*. Toutefois, il est possible qu'une loi éventuelle adoptée par le Parlement qui imposerait que la santé soit plus gravement menacée dans les derniers mois de la grossesse que dans les premiers mois pour qu'un avortement soit licite, pourrait atteindre un degré de proportionnalité acceptable aux termes de l'article premier de la *Charte*.

Vu la conclusion que l'art. 251 contient des règles inutiles pour la protection du fœtus, il n'est pas nécessaire de décider si un fœtus est visé par le mot «chacun» à l'art. 7 de la *Charte* de façon à avoir le droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» en vertu de la *Charte*.

L'article 251 n'est pas un texte législatif provincial déguisé relatif à la santé, mais il constitue plutôt un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel conformément au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article n'enfreint pas l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce qu'il ne donne pas aux comités de l'avortement thérapeutique les pouvoirs judiciaires que les cours de comté, de district et supérieures exerçaient au moment de la Confédération. Ces comités portent un jugement médical sur une question médicale. Enfin, l'art. 251 ne constitue pas une délégation illégale d'un pouvoir législatif fédéral et ne représente pas non plus une renonciation du Parlement à son pouvoir en matière de droit criminel.

L'argument fondé sur l'al. 605(1)a) du *Code criminel* est mal fondé. Il n'est pas nécessaire de décider si le par. 610(3) du *Code criminel* viole l'art. 7 et les al. 11d), f), h) et l'art. 15 de la *Charte* ni si cette Cour a le pouvoir d'accorder des dépens lors d'un pourvoi en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Quel que soit le pouvoir de cette Cour d'accorder des dépens dans des pourvois comme celui-ci, aucuns dépens ne devraient être accordés en l'espèce.

Le juge Wilson: L'article 251 du *Code criminel*, qui limite le recours d'une femme enceinte à l'avortement, viole son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne au sens de l'art. 7 de la *Charte* d'une façon qui n'est pas conforme avec les principes de justice fondamentale.

Le droit à la «liberté» énoncé à l'art. 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes touchant intimement à sa vie

vate life. Liberty in a free and democratic society does not require the state to approve such decisions but it does require the state to respect them.

A woman's decision to terminate her pregnancy falls within this class of protected decisions. It is one that will have profound psychological, economic and social consequences for her. It is a decision that deeply reflects the way the woman thinks about herself and her relationship to others and to society at large. It is not just a medical decision; it is a profound social and ethical one as well.

Section 251 of the *Criminal Code* takes a personal and private decision away from the woman and gives it to a committee which bases its decision on "criteria entirely unrelated to [the pregnant woman's] own priorities and aspirations".

Section 251 also deprives a pregnant woman of her right to security of the person under s. 7 of the *Charter*. This right protects both the physical and psychological integrity of the individual. Section 251 is more deeply flawed than just subjecting women to considerable emotional stress and unnecessary physical risk. It asserts that the woman's capacity to reproduce is to be subject, not to her own control, but to that of the state. This is a direct interference with the woman's physical "person".

This violation of s. 7 does not accord with either procedural fairness or with the fundamental rights and freedoms laid down elsewhere in the *Charter*. A deprivation of the s. 7 right which has the effect of infringing a right guaranteed elsewhere in the *Charter* cannot be in accordance with the principles of fundamental justice.

The deprivation of the s. 7 right in this case offends freedom of conscience guaranteed in s. 2(a) of the *Charter*. The decision whether or not to terminate a pregnancy is essentially a moral decision and in a free and democratic society the conscience of the individual must be paramount to that of the state. Indeed, s. 2(a) makes it clear that this freedom belongs to each of us individually. "Freedom of conscience and religion" should be broadly construed to extend to conscientiously-held beliefs, whether grounded in religion or in a secular morality and the terms "conscience" and "religion" should not be treated as tautologous if capable of independent, although related, meaning. The state here is endorsing one conscientiously-held view at the expense of another. It is denying freedom of conscience to some, treating them as means to an end, depriving them of their "essential humanity".

privée. La liberté, dans une société libre et démocratique, n'oblige pas l'État à approuver ces décisions, mais elle l'oblige cependant à les respecter.

La décision que prend une femme d'interrompre sa grossesse relève de cette catégorie de décisions protégées. Cette décision aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte. C'est une décision qui reflète profondément l'opinion qu'une femme a d'elle-même, ses rapports avec les autres et avec la société en général. Ce n'est pas seulement une décision d'ordre médical; elle est aussi profondément d'ordre social et éthique.

L'article 251 du *Code criminel* enlève une décision personnelle et privée à la femme pour la confier à un comité qui fonde sa décision sur "des critères totalement sans rapport avec ses [celles de la femme enceinte] propres priorités et aspirations".

L'article 251 prive également une femme enceinte du droit à la «sécurité de sa personne» garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit protège à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne. Le défaut de l'art. 251 est beaucoup plus profond qu'un simple assujettissement des femmes à une tension émotionnelle considérable et à un risque physique inutile. Il affirme que la capacité de reproduction de la femme ne doit pas être soumise à son propre contrôle, mais à celui de l'État. C'est aussi une atteinte directe à sa «personne» physique.

Cette violation du droit conféré par l'art. 7 n'est conforme ni à l'équité dans la procédure ni aux droits et libertés fondamentaux énoncés par ailleurs dans la *Charte*. Une atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui a pour effet d'enfreindre un droit que garantit par ailleurs la *Charte* ne peut être conforme aux principes de justice fondamentale.

L'atteinte au droit conféré par l'art. 7 en l'espèce enfreint la liberté de conscience garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. La décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale et, dans une société libre et démocratique, la conscience de l'individu doit primer sur celle de l'État. D'ailleurs l'al. 2a) dit clairement que cette liberté appartient à chacun de nous pris individuellement. La «liberté de conscience et de religion» devrait être interprétée largement et s'étendre aux croyances dictées par la conscience, qu'elles soient fondées sur la religion ou sur une morale laïque et les termes «conscience» et «religion» ne devraient pas être considérés comme tautologiques quand ils peuvent avoir un sens distinct, quoique relié. L'État épouse en l'espèce une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d'une autre. Il nie la liberté de conscience à certains, en les traitant comme un moyen pour une fin, en les privant de «l'essence de leur humanité».

The primary objective of the impugned legislation is the protection of the foetus. This is a perfectly valid legislative objective. It has other ancillary objectives, such as the protection of the life and health of the pregnant woman and the maintenance of proper medical standards.

The situation respecting a woman's right to control her own person becomes more complex when she becomes pregnant, and some statutory control may be appropriate. Section 1 of the *Charter* authorizes reasonable limits to be put upon the woman's right having regard to the fact of the developing foetus within her body.

The value to be placed on the foetus as potential life is directly related to the stage of its development during gestation. The undeveloped foetus starts out as a newly fertilized ovum; the fully developed foetus emerges ultimately as an infant. A developmental progression takes place between these two extremes and it has a direct bearing on the value of the foetus as potential life. Accordingly, the foetus should be viewed in differential and developmental terms. This view of the foetus supports a permissive approach to abortion in the early stages where the woman's autonomy would be absolute and a restrictive approach in the later stages where the states's interest in protecting the foetus would justify its prescribing conditions. The precise point in the development of the foetus at which the state's interest in its protection becomes "compelling" should be left to the informed judgment of the legislature which is in a position to receive submissions on the subject from all the relevant disciplines.

Section 251 of the *Criminal Code* cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. It takes the decision away from the woman at all stages of her pregnancy and completely denies, as opposed to limits, her right under s. 7. Section 251 cannot meet the proportionality test; it is not sufficiently tailored to the objective; it does not impair the woman's right "as little as possible". Accordingly, even if s. 251 were to be amended to remedy the procedural defects in the legislative scheme, it would still not be constitutionally valid.

The question whether a foetus is covered by the word "everyone" in s. 7 so as to have an independent right to life under that section was not dealt with.

Per McIntyre and La Forest JJ. (dissenting): Save for the provisions of the *Criminal Code* permitting abortion where the life or health of the woman is at risk, no right of abortion can be found in Canadian law, custom or tradition and the *Charter*, including s. 7, does not create

L'objectif premier de la loi contestée est la protection du fœtus. C'est un objectif législatif parfaitement valide. Elle a d'autres objectifs secondaires, telle la protection de la vie et de la santé de la femme enceinte et le maintien de normes médicales appropriées.

La situation en ce qui a trait au droit d'une femme d'être maîtresse de sa propre personne se complique lorsqu'elle devient enceinte et qu'un certain contrôle de la loi peut être approprié. L'article premier de la *Charte* permet de fixer des limites raisonnables au droit de la femme compte tenu du fœtus qui se développe dans son corps.

La valeur attribuée au fœtus en tant que vie potentielle est directement reliée au stade de son développement au cours de la grossesse. Le fœtus au stade embryonnaire provient d'un ovule nouvellement fécondé; le fœtus totalement développé devient en définitive un nouveau-né. Le développement progresse entre ces deux extrêmes et il influe directement sur la valeur à attribuer au fœtus en tant que vie potentielle. On devrait donc considérer le fœtus en termes de développement et de phases. Cette conception du fœtus appuie une approche permissive de l'avortement dans les premiers stades de la grossesse, où l'autonomie de la femme serait absolue, et une approche restrictive dans les derniers stades, où l'intérêt qu'a l'État de protéger le fœtus justifierait l'imposition de conditions. Le point précis du développement du fœtus où l'intérêt qu'a l'État de le protéger devient "supérieur" relève du jugement éclairé du législateur, qui est en mesure de recevoir des avis à ce sujet de l'ensemble des disciplines pertinentes.

L'article 251 du *Code criminel* ne peut être sauvé par l'article premier de la *Charte*. Il enlève la décision à la femme à tous les stades de la grossesse et nie complètement au lieu de simplement limiter son droit garanti par l'art. 7. L'article 251 ne saurait répondre aux critères de la proportionnalité: il n'est pas suffisamment adapté à l'objectif et ne porte pas «le moins possible» atteinte au droit de la femme. Par conséquent, même si l'art. 251 devait être modifié pour remédier aux vices de procédure de la structure législative, il demeurerait inconstitutionnel.

La question de savoir si le terme «chacun», à l'art. 7, vise aussi le fœtus et lui confère un droit indépendant à la vie en vertu de cet article n'a pas été traitée.

Les juges McIntyre et La Forest (dissidents): À part les dispositions du *Code criminel* qui autorisent l'avortement lorsque la vie ou la santé de la femme est en danger, il n'existe aucun droit à l'avortement en droit canadien ou selon la coutume ou la tradition canadien-

such a right. Section 251 of the *Criminal Code* accordingly does not violate s. 7 of the *Charter*.

The power of judicial review of legislation, although given greater scope under the *Charter*, is not unlimited. The courts must confine themselves to such democratic values as are clearly expressed in the *Charter* and refrain from imposing or creating rights with no identifiable base in the *Charter*. The Court is not entitled to define a right in a manner unrelated to the interest that the right in question was meant to protect.

The infringement of a right such as the right to security of the person will occur only when legislation goes beyond interfering with priorities and aspirations and abridges rights included in or protected by the concept. The proposition that women enjoy a constitutional right to have an abortion is devoid of support in either the language, structure or history of the constitutional text, in constitutional tradition, or in the history, traditions or underlying philosophies of our society.

Historically, there has always been a clear recognition of a public interest in the protection of the unborn and there is no evidence or indication of general acceptance of the concept of abortion at will in our society. The interpretive approach to the *Charter* adopted by this Court affords no support for the entrenchment of a constitutional right of abortion.

As to the asserted right to be free from state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, an invasion of the s. 7 right of security of the person, there would have to be more than state-imposed stress or strain. A breach of the right would have to be based upon an infringement of some interest which would be of such nature and such importance as to warrant constitutional protection. This would be limited to cases where the state-action complained of, in addition to imposing stress and strain, also infringed another right, freedom or interest which was deserving of protection under the concept of security of the person. Abortion is not such an interest. Even if a general right to have an abortion could be found under s. 7, the extent to which such right could be said to be infringed by the requirements of s. 251 of the *Code* was not clearly shown.

A defence created by Parliament could only be said to be illusory or practically so when the defence is not available in the circumstances in which it is held out as

nes, et la *Charte*, y compris l'art. 7, ne crée pas un tel droit. L'article 251 du *Code criminel* ne viole donc pas l'art. 7 de la *Charte*.

Le pouvoir d'exercer un contrôle judiciaire sur les lois, qui a pris de l'envergure aux termes de la *Charte*, n'est pas illimité. Les tribunaux doivent s'en tenir aux valeurs démocratiques qui sont clairement énoncées dans la *Charte* et s'abstenir d'imposer ou de créer des droits sans fondement identifiable dans la *Charte*. La Cour ne peut définir un droit d'une façon qui n'a aucun rapport avec l'intérêt que le droit en question est destiné à protéger.

L'atteinte à un droit comme le droit à la sécurité de la personne se produira seulement lorsque la loi va au-delà de l'ingérence dans les priorités et aspirations et restreint des droits compris et protégés par cette notion. La proposition selon laquelle les femmes jouissent d'un droit constitutionnel à l'avortement ne trouve aucun appui dans le texte, la structure ou l'historique du texte constitutionnel ni dans la tradition constitutionnelle ou l'histoire, les traditions et les philosophies sous-jacentes dans notre société.

Historiquement, l'existence d'un intérêt public dans la protection des enfants non encore nés a toujours été clairement reconnue et rien ne prouve ni n'indique que le concept de l'avortement à volonté soit généralement accepté dans notre société. La façon d'interpréter la *Charte* adoptée par cette Cour ne justifie aucunement l'enchâssement d'un droit constitutionnel à l'avortement.

Pour ce qui de la revendication d'un droit à la protection contre toute atteinte de l'État à l'intégrité physique et contre toute tension psychologique causée par l'État, une atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 nécessite plus que des tensions ou de l'anxiété causées par l'État. Une violation de ce droit doit dépendre d'une atteinte à un intérêt dont la nature et l'importance justifieraient une protection constitutionnelle. Cette violation se limite aux cas où l'action de l'État dont on se plaint a, en plus d'engendrer des tensions et de l'anxiété, porté également atteinte à un autre droit, à une autre liberté ou à un autre intérêt qui mérite d'être protégé selon le concept de la sécurité de la personne. L'avortement ne constitue pas un tel intérêt. Même s'il était possible de conclure à l'existence d'un droit général à l'avortement en vertu de l'art. 7, on n'a pas démontré clairement la mesure dans laquelle on pourrait dire que les exigences de l'art. 251 du *Code* peuvent porter atteinte à ce droit.

Un moyen de défense créé par le Parlement n'est illusoire ou pratiquement illusoire que lorsqu'on ne peut pas y recourir dans les circonstances où l'on a dit qu'il

being available. The very nature of the test assumes that Parliament is to define the defence and, in so doing, designate the terms upon which it may be available. The allegation of procedural unfairness is not supported by the claim that many women wanting abortions have been unable to get them in Canada because the failure of s. 251(4) to respond to this need. This machinery was considered adequate to deal with the type of abortion Parliament had envisaged. Any inefficiency in the administrative scheme is caused principally by forces external to the statute — the general demand for abortion irrespective of the provisions of s. 251. A court cannot strike down a statutory provision on this basis.

Section 605(1)(a), which gives the Crown a right of appeal against an acquittal in a trial court on any ground involving a question of law alone, does not offend ss. 7, 11(d), (f) and (h) of the *Charter*. The words of s. 11(h), “if finally acquitted” and “if finally found guilty”, must be construed to mean after the appellate procedures have been completed, otherwise there would be no point or meaning in the word “finally”.

Section 251 did not infringe the equality rights of women, abridge freedom of religion, or inflict cruel or unusual punishment. The section was not in pith and substance legislation for the protection of health and therefore within provincial competence but rather was validly enacted under the federal criminal law power. There was no merit to the arguments that s. 251 purported to give powers to therapeutic abortion committees exercised by county, district, and superior courts at the time of Confederation or that it delegated powers relating to criminal law to the provinces generally. No evidence supported the defence of necessity.

Per Curiam: In a trial before judge and jury, the judge’s role is to state the law and the jury’s role is to apply that law to the facts of the case. To encourage a jury to ignore a law it does not like could not only lead to gross inequities but could also irresponsibly disturb the balance of the criminal law system. It was quite simply wrong to say to the jury that if they did not like the law they need not enforce it. Such practice, if commonly adopted, would undermine and place at risk the whole jury system.

était possible de le faire. De par sa nature même, ce critère sous-entend que c’est au Parlement qu’il incombe de définir le moyen de défense et, ce faisant, de préciser les conditions à remplir pour pouvoir l’invoquer. L’allé-
gation de l’inéquité dans la procédure n’est pas justifiée par la prétention qu’un bon nombre de femmes désireuses d’obtenir un avortement n’ont pas pu l’obtenir au Canada parce que le par. 251(4) ne répond pas à ce besoin. Ce mécanisme a été considéré comme suffisant pour traiter le type d’avortement envisagé par le Parlement. L’inefficacité du régime administratif est principalement due à des facteurs étrangers à la loi, savoir la demande générale d’avortements en dépit des dispositions de l’art. 251. Un tribunal ne peut, pour ce motif, invalider une disposition législative.

L’alinéa 605(1)a), qui habilite le ministère public à interjeter appel contre un verdict d’acquiescement prononcé en première instance pour tout motif comportant une question de droit seulement n’est pas contraire à l’art. 7 et aux al. 11d), f) et h) de la *Charte*. Les expressions «définitivement acquitté» et «définitivement déclaré coupable» employées à l’al. 11h) doivent s’interpréter comme signifiant après que toutes les procédures d’appel sont terminées, sinon le mot «définitivement» serait inutile ou dénué de tout sens.

L’article 251 du *Code criminel* ne porte pas atteinte aux droits des femmes à l’égalité, ni à la liberté de religion et n’inflige pas non plus une peine cruelle et inusitée. L’article ne vise pas, de par son caractère véritable, la santé, relèvent donc de la compétence provinciale, mais il a été validement adopté en vertu de la compétence fédérale en matière criminelle. Les arguments voulant que l’art. 251 ait pour effet d’investir les comités de l’avortement thérapeutique de pouvoirs exercés, à l’époque de la Confédération, par les cours de comté et de district et les cours supérieures et qu’il délègue aux provinces en général des pouvoirs en matière de droit criminel sont mal fondés. Aucun élément de preuve ne justifie le moyen de défense de nécessité.

La Cour: Au cours d’un procès devant juge et jury, le rôle du juge est d’énoncer les règles de droit, et le rôle du jury de l’appliquer aux faits de l’espèce. Encourager le jury à ignorer une règle de droit qu’il n’aime pas pourrait non seulement entraîner de graves inéquités, mais pourrait aussi perturber de façon irresponsable l’équilibre du système de justice criminelle. Il était absolument erroné de dire au jury que, s’il n’aime pas la règle de droit, il n’a pas besoin de l’appliquer. Une telle pratique, communément adoptée, minerait et mettrait en danger tout le système des procès par jury.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Referred to: *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R.; *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, February 25, 1975, translated and reprinted in (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Joshua v. The Queen*, [1955] A.C. 121; *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774; *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 1113 (1972).

By Beetz J.

Considered: *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971); **referred to:** *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Collin v. Lussier*, [1983] 1 F.C. 218, rev'd [1985] 1 F.C. 124; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802.

By Wilson J.

Referred to: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973); *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986); *Mills v. The Queen*, [1986] 1

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts mentionnés: *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Paton c. Royaume-Uni* (1980), 3 E.H.R.R.; *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, February 25, 1975, traduit en anglais et réédité à (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Joshua v. The Queen*, [1955] A.C. 121; *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774; *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 1113 (1972).

Citée par le juge Beetz

Arrêts examinés: *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971); **arrêts mentionnés:** *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Collin c. Lussier*, [1985] 1 C.F. 124, infirmant [1983] 1 C.F. 218; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802.

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973); *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986); *Mills*

S.C.R. 863; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309.

By McIntyre J. (dissenting)

Morgentaler v. The Queen, [1976] 1 S.C.R. 616; *Ferguson v. Skrupka*, 372 U.S. 726 (1963); *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976); *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981); *Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Re Peralta and The Queen in Right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705; *Harrison v. University of British Columbia*, [1986] 6 W.W.R. 7.

Statutes and Regulations Cited

Abortion Act, 1967, 1967, c. 87, s. 1(1)(a) (U.K.)
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(a), (b).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), (d), 7, 11(b), (d), (f), (h), 12, 15, 24(1), 27, 28.
Civil Code of Lower Canada, art. 19.
Code de la santé publique, art. 162-1, 162-12 (France).
Code pénal, art. 317 (France).
Code pénal suisse, art. 120(1).
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), 96.
Constitution Act, 1982, Preamble, s. 52(1).
Crimes Act 1961, as amended by the *Crimes Amendment Act 1977* and the *Crimes Amendment Act 1978*, s. 187A(1)(a), (4) (New Zealand).
Criminal Code, as amended by the *Fifteenth Criminal Law Amendment Act (1976)*, ss. 218a(1), 219 (Federal Republic of Germany).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 251(1), (2), (3)(a), (b), (c), (4)(a), (b), (c), (d), (5)(a), (b), (6), (7), 423(1)(d), 605(1)(a), 610(3).
Criminal Law Amendment Act, 1968-69, S.C. 1968-69, c. 38, s. 18.
Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975, s. 82a(1)(a) (South Australia).
Criminal Law Consolidation Act and Ordinance, s. 79 A(3)(a) (Australian Northern Territory).
O. Reg. 248/70, now R.R.O. 1980, Reg. 865, under *The Public Hospitals Act*, R.S.O. 1960, c. 322.
Penal Law, 5737-1977 (as amended), ss. 315, 316(a)(4) (Israel).
United States Constitution, 14th and 15th Amendments.

c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 863; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

a Citée par le juge McIntyre (dissident)

Morgentaler c. La Reine, [1976] 1 R.C.S. 616; *Ferguson v. Skrupka*, 372 U.S. 726 (1963); *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976); *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981); *Hoffman Estates v. The Flipside Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Re Peralta and The Queen in Right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705; *Harrison v. University of British Columbia*, [1986] 6 W.W.R. 7.

d Lois et règlements cités

Abortion Act, 1967, 1967, chap. 87, art. 1(1)(a) (R.-U.)
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), d), 7, 11b), d), f), h), 12, 15, 24(1), 27, 28.
Code civil du Bas-Canada, art. 19.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251(1), (2), (3)a), b), c), (4)a), b), c), d), (5)a), b), (6), (7), 423(1)d), 605(1)a), 610(3).
Code de la santé publique, art. 162-1, 162-12 (France).
Code pénal, art. 317 (France).
Code pénal suisse, art. 120(1).
Constitution des États-Unis, 14^e et 15^e amendements.
Crimes Act 1961, modifiée par la *Crimes Amendment Act 1977* et la *Crimes Amendment Act 1978*, art. 187A(1)a), (4) (Nouvelle-Zélande).
Criminal Code, modifié par la *Fifteenth Criminal Law Amendment Act (1976)*, art. 218a(1), 219 (République fédérale de l'Allemagne).
Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975, art. 82a(1)a) (Australie-Méridionale).
Criminal Law Consolidation Act and Ordinance, art. 79 A(3)a) (Territoire du Nord de l'Australie).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1a), b).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), 96.
Loi constitutionnelle de 1982, préambule, art. 52(1).
Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal, S.C. 1968-69, chap. 38, art. 18.
O. Reg. 248/70, maintenant R.R.O. 1980, Reg. 865, en vertu de *The Public Hospitals Act*, R.S.O. 1960, chap. 322.
Penal Law, 5737-1977 (modifiée), art. 315, 316a)(4) (Israël).

Authors Cited

- Burrows, Noreen. "International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights". In Tom Campbell, et al., eds., *Human Rights: From Rhetoric to Reality*. Oxford: Basil Blackwell, 1986.
- Canada. Department of Justice. *Report of the Committee on the Operation of the Abortion Law* (Badgley Report). Ottawa: Minister of Supply and Services, 1977.
- Canada. Law Reform Commission. Fetal Status Working Group Protection of Life Project. *Options for Abortion Policy Reform: A Consultation Document*. Ottawa: (unpublished), 1986.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: Law Reform Commission, 1980.
- Canada. Statistics Canada. *Basic Facts on Therapeutic Abortions, Canada: 1982*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1983.
- Canada. Statistics Canada. *Therapeutic abortions, 1982*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1984.
- Canada. Statistics Canada. *Therapeutic abortions, 1985*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1986.
- Cates, Willard, Jr. and David A. Grimes. "Deaths from Second Trimester Abortion by Dilation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities" (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 401.
- Cook, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. *Abortion Laws in Commonwealth Countries*. Granchamp, France: World Health Organization, 1979.
- Cook, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982*. London: Commonwealth Secretariat, 1983.
- Garant, Patrice. "Fundamental Freedoms and Natural Justice." In *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Edited by Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin. Toronto: Carswells, 1982.
- Isaacs, Natalie Fochs. "Abortion and the Just Society" (1970), 5 *R.J.T* 27.
- Isaacs, Stephen L. "Reproductive Rights 1983: An International Survey" (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311.
- Joad, C. E. M. *Guide to the Philosophy of Morals and Politics*. London: Victor Gollancz Ltd., 1938.
- MacCormick, Neil. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- Macdonald, R. "Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law", 39 *U. Fla. L. Rev.* 217 (1987).
- Ontario. Ministry of Health. *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (Powell Report). Toronto: Ministry of Health, 1987.
- Organization of American States. Inter-American Specialized Conference on Human Rights. "American

Doctrine citée

- Burrows, Noreen. «International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights». In Tom Campbell, et al., eds., *Human Rights: From Rhetoric to Reality*. Oxford: Basil Blackwell, 1986.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1980.
- Canada. Commission de réforme du droit. Groupe de travail sur le statut juridique du fœtus. *La réforme en matière d'avortement: les solutions possibles*. Ottawa: (inédit), 1986.
- Canada. Ministère de la Justice. *Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement* (le rapport Badgley). Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1977.
- Canada. Statistique Canada. *Avortements thérapeutiques, 1982*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1984.
- Canada. Statistique Canada. *Avortements thérapeutiques, 1985*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1986.
- Canada. Statistique Canada. *Principales statistiques sur les avortements thérapeutiques, Canada: 1982*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1983.
- Cates, Willard, Jr. and David A. Grimes. «Deaths from Second Trimester Abortion by Dilation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities» (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 401.
- Cook, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982*. London: Commonwealth Secretariat, 1983.
- Cook, Rebecca J. et Bernard M. Dickens. *La législation de l'avortement dans les pays du Commonwealth*. Granchamp, France: Organisation mondiale de la santé, 1979.
- Garant, Patrice. "Libertés fondamentales et justice naturelle (article 7)". Dans *Charte canadienne des droits et libertés*. Édité par Walter S. Tarnopolsky et Gérald-A. Beaudoin. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.
- Isaacs, Natalie Fochs. "Abortion and the Just Society" (1970), 5 *R.J.T* 27.
- Isaacs, Stephen L. «Reproductive Rights 1983: An International Survey» (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311.
- Joad, C. E. M. *Guide to the Philosophy of Morals and Politics*. London: Victor Gollancz Ltd., 1938.
- MacCormick, Neil. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- Macdonald, R. «Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law», 39 *U. Fla. L. Rev.* 217 (1987).
- Ontario. Ministry of Health. *Report on Therapeutic*

Convention on Human Rights," Doc. 65 (English) Rev. 1 Corr. 2, January 7, 1970. Original: Spanish. OAS Official Records, OEA/Ser.K/xvi/1.1 (English).
 Sumner, L. W. *Abortion and Moral Theory*. Princeton: Princeton University Press, 1981.
 Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1978.
 Tyler, Carl W., Jr. et al. "Second Trimester Induced Abortion in the United States", in Garry S. Berger, William F. Brenner and Louis Keith, eds., *Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience*. Boston: PSG Pub. Co., 1981.
 Whyte, John D. "Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter" (1983), 13 *Man L.J.* 455.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 52 O.R. (2d) 353, 22 D.L.R. (4th) 641, 22 C.C.C. (3d) 353, 48 C.R. (3d) 1, 17 C.R.R. 223, setting aside an acquittal found by Parker A.C.J.H.C. sitting with jury (1984), 47 O.R. (2d) 353, 12 D.L.R. (4th) 502, 14 C.C.C. (3d) 258, 41 C.R. (3d) 193, 11 C.R.R. 116. Appeal allowed and acquittals restored, McIntyre and La Forest JJ. dissenting. The first constitutional question should be answered in the affirmative as regards s. 7 and the second in the negative as regards s. 7. The third, fourth and fifth constitutional questions should be answered in the negative. The sixth constitutional question should be answered in the negative with respect to s. 605 of the *Criminal Code* and should not be answered as regards s. 610(3). The seventh constitutional question should not be answered.

Morris Manning, Q.C., and *Paul B. Schabas*, for the appellants.

Bonnie J. Wien and *W. James Blacklock*, for the respondent.

Edward R. Sojonky, Q.C., and *Marilyn Doering Steffen*, for the intervener.

Abortion Services in Ontario (Powell Report). Toronto: Ministry of Health, 1987.
 Organization of American States. Inter-American Specialized Conference on Human Rights. "American Convention on Human Rights," Doc. 65 (English) Rev. 1 Corr. 2, January 7, 1970. Original: Spanish. OAS Official Records, OEA/Ser.K/xvi/1.1 (English).
 Sumner, L. W. *Abortion and Moral Theory*. Princeton: Princeton University Press, 1981.
 Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1978.
 Tyler, Carl W., Jr. et al. «Second Trimester Induced Abortion in the United States», in Garry S. Berger, William F. Brenner and Louis Keith, eds., *Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience*. Boston: PSG Pub. Co., 1981.
 Whyte, John D. "Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 455.

d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 52 O.R. (2d) 353, 22 D.L.R. (4th) 641, 22 C.C.C. (3d) 353, 48 C.R. (3d) 1, 17 C.R.R. 223, qui a infirmé un acquittement prononcé par le juge en chef adjoint Parker de la Haute Cour siégeant avec jury (1984), 47 O.R. (2d) 353, 12 D.L.R. (4th) 502, 14 C.C.C. (3d) 258, 41 C.R. (3d) 193, 11 C.R.R. 116. Le pourvoi est accueilli et les acquittements sont rétablis; les juges McIntyre et La Forest sont dissidents. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative en ce qui concerne l'art. 7 et la deuxième question une réponse négative en ce qui concerne l'art. 7. Les troisième, quatrième et cinquième questions reçoivent une réponse négative. La sixième question reçoit une réponse négative en ce qui concerne l'art. 605 du *Code criminel* et aucune réponse en ce qui concerne l'art. 610(3). Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

Morris Manning, c.r., et *Paul B. Schabas*, pour les appelants.

Bonnie J. Wien et *W. James Blacklock*, pour l'intimée.

Edward R. Sojonky, c.r., et *Marilyn Doering Steffen*, pour l'intervenant.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The principal issue raised by this appeal is whether the abortion provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringe the “right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice” as formulated in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellants, Dr. Henry Morgentaler, Dr. Leslie Frank Smoling and Dr. Robert Scott, have raised thirteen distinct grounds of appeal. During oral submissions, however, it became apparent that the primary focus of the case was upon the s. 7 argument. It is submitted by the appellants that s. 251 of the *Criminal Code* contravenes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that s. 251 should be struck down. Counsel for the Crown admitted during the course of her submissions that s. 7 of the *Charter* was indeed “the key” to the entire appeal. As for the remaining grounds of appeal, only a few brief comments are necessary. First of all, I agree with the disposition made by the Court of Appeal of the non-*Charter* issues, many of which have already been adequately dealt with in earlier cases by this Court. I am also of the view that the arguments concerning the alleged invalidity of s. 605 under ss. 7 and 11 of the *Charter* are unfounded. In view of my resolution of the s. 7 issue, it will not be necessary for me to address the appellants’ other *Charter* arguments and I expressly refrain from commenting upon their merits.

During argument before this Court, counsel for the Crown emphasized repeatedly that it is not the role of the judiciary in Canada to evaluate the wisdom of legislation enacted by our democratically elected representatives, or to second-guess difficult policy choices that confront all governments. In *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 671, [hereinafter “*Morgentaler (1975)*”] I stressed that the Court had “not been called upon to decide, or even to enter, the loud and continuous public debate on abortion.” Eleven years later, the controversy persists, and it remains

Version française du jugement du juge en chef Dickson et du juge Lamer rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi vise principalement à déterminer si les dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, sur l’avortement enfreignent le «droit [de chacun] à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne», vu qu’il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale», selon la formulation de l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les appelants, le D^r Henry Morgentaler, le D^r Leslie Frank Smoling et le D^r Robert Scott, font valoir treize moyens distincts de pourvoi. Au cours des plaidoiries cependant, il est devenu apparent que le litige portait surtout sur l’argument tiré de l’art. 7. Les appelants soutiennent que l’art. 251 du *Code criminel*, contrevient à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu’il doit être invalidé. Le substitut du procureur général a reconnu, au cours de sa plaidoirie, que l’art. 7 de la *Charte* était bel et bien «la clé» de tout le pourvoi. Quant aux moyens d’appel restant, il me suffit de faire un bref commentaire. Premièrement, je suis d’accord avec les solutions apportées par la Cour d’appel aux questions en litige ne relevant pas de la *Charte* dont plusieurs ont déjà fait l’objet de décisions de cette Cour. Je suis également d’avis que les arguments relatifs à la prétendue invalidité de l’art. 605 en vertu des art. 7 et 11 de la *Charte* sont mal fondés. Vu la solution que j’apporte à la question soulevée par l’art. 7, il ne me sera pas nécessaire de statuer sur les autres arguments des appelants relatifs à la *Charte* et je m’abstiens donc expressément de me prononcer sur leur fondement.

Au cours des plaidoiries devant nous, le substitut du procureur général a rappelé à plusieurs reprises que le pouvoir judiciaire au Canada n’a pas comme rôle d’évaluer la sagesse des lois édictées par nos députés élus démocratiquement, ni de réinterpréter les choix difficiles de politique auxquels tous les gouvernements sont confrontés. Dans l’arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 671, [ci-après l’arrêt «*Morgentaler (1975)*»] j’ai souligné que la Cour “n’est pas appelée à trancher, ni même à aborder, le débat public animé et constant sur l’avortement”. Onze

protected by the *Charter*. But I do not think he is saying that a personal morality which is not founded in religion is outside the protection of s. 2(a). Certainly, it would be my view that conscientious beliefs which are not religiously motivated are equally protected by freedom of conscience in s. 2(a). In so saying I am not unmindful of the fact that the *Charter* opens with an affirmation that "Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God . . ." But I am also mindful that the values entrenched in the *Charter* are those which characterize a free and democratic society.

As is pointed out by Professor Cyril E. M. Joad, then Head of the Department of Philosophy and Psychology at Birkbeck College, University of London, in *Guide to the Philosophy of Morals and Politics* (1938), the role of the state in a democracy is to establish the background conditions under which individual citizens may pursue the ethical values which in their view underlie the good life. He states at p. 801:

For the welfare of the state is nothing apart from the good of the citizens who compose it. It is no doubt true that a State whose citizens are compelled to go right is more efficient than one whose citizens are free to go wrong. But what then? To sacrifice freedom in the interests of efficiency, is to sacrifice what confers upon human beings their humanity. It is no doubt easy to govern a flock of sheep; but there is no credit in the governing, and, if the sheep were born as men, no virtue in the sheep.

Professor Joad further emphasizes at p. 803 that individuals in a democratic society can never be treated "merely as means to ends beyond themselves" because:

To the right of the individual to be treated as an end, which entails his right to the full development and expression of his personality, all other rights and claims must, the democrat holds, be subordinated. I do not know how this principle is to be defended any more than I can frame a defence for the principles of democracy and liberty.

Professor Joad stresses that the essence of a democracy is its recognition of the fact that the state is made for man and not man for the state (p. 805). He firmly rejects the notion that science

protégées par la *Charte*. Mais je ne pense pas qu'il dise qu'une morale personnelle qui n'est pas fondée sur la religion se trouve en dehors de la sphère de protection de l'al. 2a). Certainement, je serais d'avis que ce que l'on croit en conscience, sans motivation religieuse, est également protégé par la liberté de conscience garantie à l'al. 2a). En disant cela, je n'oublie pas que la *Charte* s'ouvre par l'affirmation que «le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu . . .» Mais je n'oublie pas non plus que les valeurs que consacre la *Charte* sont celles qui caractérisent une société libre et démocratique.

Comme l'a fait observer Cyril E. M. Joad, à l'époque chef du département de philosophie et de psychologie au Birkbeck College de l'Université de Londres, dans *Guide to the Philosophy of Morals and Politics* (1938), le rôle de l'État dans une démocratie consiste à créer les conditions de base qui permettent aux citoyens, pris individuellement, de chercher les valeurs éthiques qui à leurs yeux sous-tendent une vie de bien. Il dit, à la p. 801:

[TRADUCTION] Car le bien de l'État n'est rien sans le bien des citoyens qui le composent. Il est sans doute vrai qu'un État dont les citoyens sont forcés de suivre le droit chemin est plus efficace que celui où les citoyens sont libres de s'en écarter. Et alors? Sacrifier la liberté dans l'intérêt de l'efficacité, c'est sacrifier ce qui donne aux êtres humains leur humanité. Sans doute est-il facile de régenter un troupeau de moutons; mais il n'y a alors aucune gloire à gouverner et, si les moutons sont nés hommes, guère de vertu chez les moutons.

Le professeur Joad souligne encore, à la p. 803, que les individus dans une société démocratique ne peuvent jamais être traités [TRADUCTION] «comme un simple moyen pour des fins qui les dépassent», car:

[TRADUCTION] Au droit de l'individu d'être traité comme une fin, qui comporte son droit au plein développement et à la pleine expression de sa personnalité, tous les autres droits et prétentions doivent, prétend le démocrate, être subordonnés. Je ne sais comment défendre ce principe, tout comme je ne saurais concevoir une défense des principes démocratiques et de la liberté.

Le professeur Joad souligne que l'essence d'une démocratie est sa reconnaissance du fait que l'État est fait pour l'homme et non l'homme pour l'État (à la p. 805). Il rejette fermement la notion que la

1988 CanLII 90 (SCG)

provides a basis for subordinating the individual to the state. He says at pp. 805-6:

Human beings, it is said, are important only in so far as they fit into a biological scheme or assist in the furtherance of the evolutionary process. Thus each generation of women must accept as its sole function the production of children who will constitute the next generation who, in their turn, will devote their lives and sacrifice their inclinations to the task of producing a further generation, and so on *ad infinitum*. This is the doctrine of eternal sacrifice — “jam yesterday, jam tomorrow, but never jam today”. For, it may be asked, to what end should generations be produced, unless the individuals who compose them are valued in and for themselves, are, in fact, ends in themselves? There is no escape from the doctrine of the perpetual recurrence of generations who have value only in so far as they produce more generations, the perpetual subordination of citizens who have value only in so far as they promote the interests of the State to which they are subordinated, except in the individualist doctrine, which is also the Christian doctrine, that the individual is an end in himself.

It seems to me, therefore, that in a free and democratic society “freedom of conscience and religion” should be broadly construed to extend to conscientiously-held beliefs, whether grounded in religion or in a secular morality. Indeed, as a matter of statutory interpretation, “conscience” and “religion” should not be treated as tautologous if capable of independent, although related, meaning. Accordingly, for the state to take sides on the issue of abortion, as it does in the impugned legislation by making it a criminal offence for the pregnant woman to exercise one of her options, is not only to endorse but also to enforce, on pain of a further loss of liberty through actual imprisonment, one conscientiously-held view at the expense of another. It is to deny freedom of conscience to some, to treat them as means to an end, to deprive them, as Professor MacCormick puts it, of their “essential humanity”. Can this comport with fundamental justice? Was Blackmun J. not correct when he said in *Thornburgh, supra*, at p. 2185:

A woman's right to make that choice freely is fundamental. Any other result . . . would protect inadequately

science fournit un fondement pour subordonner l'individu à l'État. Il dit, aux pp. 805 et 806:

[TRADUCTION] Les êtres humains, dit-on, ne sont importants que dans la mesure où ils s'insèrent dans une structure biologique ou contribuent au processus évolutif. Ainsi chaque génération de femmes doit accepter comme unique fonction de produire les enfants qui formeront la génération suivante et qui, à leur tour, consacreront leur vie et sacrifieront leurs inclinations à la tâche de produire une autre génération, et ainsi de suite, *ad infinitum*. C'est là la doctrine de l'éternel sacrifice. «Confiture demain et confiture hier, mais jamais confiture aujourd'hui». Car, pourrait-on demander, pour quelle fin ces générations sont-elles produites, à moins que les individus qui les composent ne soient valorisés en eux-mêmes et pour eux-mêmes, et deviennent, en fait, des fins en eux-mêmes? On ne peut échapper à la doctrine du cycle perpétuel des générations n'ayant de valeur que dans la mesure où elles produisent d'autres générations, à la subordination perpétuelle des citoyens, qui n'auraient de valeur que dans la mesure où ils favorisent les intérêts de l'État auquel ils sont subordonnés, si ce n'est dans la doctrine individualiste, qui est aussi la doctrine chrétienne, que l'individu est une fin en lui-même.

Il me semble donc que, dans une société libre et démocratique, la “liberté de conscience et de religion” devrait être interprétée largement et s'étendre aux croyances dictées par la conscience, qu'elles soient fondées sur la religion ou sur une morale laïque. D'ailleurs, sur le plan de l'interprétation législative, les termes “conscience” et “religion” ne devraient pas être considérés comme tautologiques quand ils peuvent avoir un sens distinct, quoique relié. Par conséquent, lorsque l'État prend parti sur la question de l'avortement, comme il le fait dans la loi contestée en incriminant l'exercice par la femme enceinte d'une de ses options, non seulement il adopte mais aussi il impose, sous peine d'une autre perte de liberté par emprisonnement, une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d'une autre. C'est nier la liberté de conscience à certains, les traiter comme un moyen pour une fin, les priver, selon le mot du professeur MacCormick, de “l'essence de leur humanité”. Est-ce compatible avec la justice fondamentale? Le juge Blackmun n'a-t-il pas raison quand il dit dans l'arrêt *Thornburgh, précité*, à la p. 2185:

[TRADUCTION] Le droit de la femme de faire ce choix librement est fondamental. Toute autre conclusion [. . .]

a central part of the sphere of liberty that our law guarantees equally to all.

Legislation which violates freedom of conscience in this manner cannot, in my view, be in accordance with the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7.

(b) *Section 1 of the Charter*

The majority of this Court held in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, that a deprivation of the s. 7 right in violation of the principles of fundamental justice in the substantive sense could nevertheless constitute a reasonable limit under s. 1 and be justified in a free and democratic society. It is necessary therefore to consider whether s. 251 of the *Criminal Code* can be saved under s. 1. The section provides:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

This section received judicial scrutiny by this Court in *R. v. Oakes, supra*. Dickson C.J., speaking for the majority, set out two criteria which must be met if the limit is to be found reasonable: (1) the objective which the legislation is designed to achieve must relate to concerns which are pressing and substantial; and (2) the means chosen must be proportional to the objective sought to be achieved. The Chief Justice identified three important components of proportionality at p. 139:

First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in the first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

protégerait inadéquatement un aspect central de cette sphère de liberté que notre droit garantit également à tous.

a Une loi qui viole la liberté de conscience de cette manière ne saurait, à mon avis, être conforme aux principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7.

b) *L'article premier de la Charte*

c Cette Cour, à la majorité, a jugé dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B., précité*, qu'une atteinte au droit garanti par l'art. 7, en violation des principes de justice fondamentale sur le plan du fond, pouvait néanmoins constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier et être justifiée dans une société libre et démocratique. Il est donc nécessaire de rechercher si l'art. 251 du *d Code criminel* peut être sauvegardé en vertu de l'article premier. Cet article porte:

e 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

f La Cour a étudié cet article dans son arrêt *R. c. Oakes, précité*. Le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, y énonce deux critères qui doivent être respectés pour que la limite soit jugée raisonnable: 1) l'objectif pour lequel la loi a été conçue doit être lié à des préoccupations urgentes et réelles; 2) les moyens choisis doivent être proportionnels à l'objectif recherché. Le Juge en chef discerne trois composantes importantes de la proportionnalité, à la p. 139:

h Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd. précité*, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

THE PROVINCIAL COURT OF MANITOBA

BETWEEN:)	
)	
)	
HER MAJESTY THE QUEEN)	Cynthia Devine and
)	Kusham Sharma
- and -)	for the Crown.
)	
JESSIE SEEGER ROBINSON)	John Skinner
(Accused) Applicant,)	for the Accused.
)	
)	Reasons for decision
)	delivered this 23rd day
)	of January, 2004

2004 CanLII 31391 (MB PC)

L. GIESBRECHT, P.J.

INTRODUCTION

[1] The main issue to be addressed in this case is whether certain provisions of *The Manitoba Evidence Act* R.S.M. 1987, c. E150 (the Act), violate the guarantee of freedom of conscience and religion which is one of the fundamental rights protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The challenged sections of the Act provide for a court to administer an oath, affirmation or declaration to any witness who is called to give evidence before the court.

[2] The applicant Jessie Robinson is charged with speeding under section 95 (1) of *The Highway Traffic Act*, S.M. 1985-86, c. H60. The matter proceeded to trial on June 16, 2003. The Crown called one witness, namely the police officer who issued the traffic ticket. At the conclusion of the Crown's case the applicant brought a motion seeking a judicial stay of proceedings on the charge pursuant to section 24(1) of the *Charter*. She argues that sections 12 - 16 of *The Manitoba Evidence Act* require her to make a religious statement and to reveal her conscience if she chooses to testify in her own defence. She submits that this has the effect of denying her right to a fair trial. She seeks a finding that those sections of the Act are inconsistent with a number of rights guaranteed under the *Charter*, including the right to freedom of conscience and religion.

[3] The appropriate notice under section 7 (2) and (3) of *The Constitutional Questions Act*, S.M. 1986, c. C31 was provided in this case. The only evidence filed in support of this motion is an affidavit by the applicant.

[44] While historically there was a religious aspect to the requirement that a witness must swear an oath before being allowed to testify, this does not mean that the legislation that is challenged in the present application has a religious purpose. In this regard I refer to the comments of Dickson C. J. in the *Edwards Books and Art Ltd.* case at page 743:

"It is important to keep in mind, however, that the Court is not called upon to characterize the historical origins, or even the continuing cause for the selection by individual members of the community of particular holidays. To do so would be to characterize social facts rather than characterizing the impugned law... **Our society is collectively powerless to repudiate its history, including the Christian heritage of the majority.**" (Emphasis added)

[45] Dickson C. J. also quoted with approval the words of Chief Justice Warren, writing for the majority of the United States Supreme Court in *McGowan v. Maryland*, 366 U. S. 420 (1961) at page 445 as follows:

"To say that the States cannot prescribe Sunday as a day of rest for these purposes **solely because centuries ago such laws had their genesis in religion** would give a constitutional interpretation of hostility to the public welfare rather than one of mere separation of church and State." (Emphasis added)

[46] By the same token, the fact that centuries ago a witness was required to express a religious belief in order to testify in court, does not mean that the legislation that is being challenged in the present application has a religious purpose.

[47] I agree with the submission of the Crown that the provisions concerning truth telling show an increasing inclusiveness over the centuries. The law had to provide a means by which to allow witnesses of all beliefs (or no beliefs) to testify by binding their conscience to tell the truth in one form or another. The central purpose of such legislation was to ensure that witnesses would be encouraged to tell the truth by whatever means was binding on them. The fact that some of these means have a basis in religion does not make the purpose of the legislation a religious one.

[48] The challenged legislation offers a number of choices to witnesses who are about to testify, as to the means by which they wish to bind their conscience. Witnesses may:

1. swear an oath by holding a copy of the Old Testament;
2. swear an oath by holding a copy of the New Testament;
3. have an oath administered in some other manner and form and with such ceremonies as the witness declares to be binding; or
4. affirm or declare that they will tell the truth.

[49] This inclusiveness does not support the submission that the legislation is designed with a religious objective or purpose. The applicant, however, submits that notwithstanding these choices, a compulsory religious statement is still required. She argues that choosing one option necessarily excludes choosing the other options and in doing so she is coerced into making a public statement revealing her conscience. When a

choice is a public one forced by law, the applicant says that it is unconstitutional. She argues that it is, having to choose that is challenged not the choices that are available.

The effects of sections 12 - 16 of the Manitoba Evidence Act

[50] The applicant argues that as long as there are choices available, witnesses can never be certain that their evidence will be considered free of a reference to the choice that they have made. This, she says, is one of the unconstitutional effects of this legislation.

[51] In 1987 an amendment was made to section 16(1) of the Act. The former section provided as follows:

"16(1) If a person objects to being sworn and states as the ground of such objection, either that he has no religious belief or that the taking of an oath is contrary to his religious belief, or if a person is objected to as incompetent to take an oath, he shall be permitted to make his solemn affirmation or declaration instead of taking an oath, and upon the person making such solemn affirmation or declaration his evidence shall be taken and shall have the same effect as if taken under oath." (Emphasis added)

[52] The section as it currently reads provides as follows:

"16(1) A person who is about to give evidence shall be permitted to make a solemn affirmation or declaration instead of taking an oath, and upon the person making such a solemn affirmation or declaration the evidence shall be taken and has the same effect as if taken under oath."

[53] The remarks made by Attorney-General Roland Penner, who introduced the amending legislation in the Manitoba Legislative Assembly in 1987, are instructive. He stated:

"I will now deal briefly with the major principles of Bill 46. The focus is primarily but not exclusively on statutory provisions that discriminate on the basis of religion and age.

... In terms of religious discrimination, various statutory oaths of office and oaths of allegiance do not provide the option of affirming rather than swearing the oath. We are proposing to amend each of these to permit the option of affirming. At the same time, we are proposing amendments to related enabling and deeming provisions, such as those in The Evidence Act and The Interpretation Act in order to assure that, under all provincial laws, the legal status and effect of taking an affirmation is identical to swearing an oath. There are many people in this province, Madam Speaker, who for religious reasons or perhaps because they don't have a particular religion, prefer to affirm."
[Manitoba Legislative Assembly, Debates (10 June 1987) at 2958.]

[54] The applicant argues that these comments by the Attorney General merely support her position that the purpose of the challenged law is a religious one. I disagree. While Mr. Penner spoke of "religious reasons" and of the fact that some people don't have a particular religion, as a rationale for these amendments, his comments support my view that the purpose of these sections of the Act is not a religious one. What is demonstrated by these comments is that the Government was ensuring that there would be no

unconstitutional effects flowing from provisions such as those in the Act. This amendment ensured that there would be no difference between those affirming and those swearing an oath. There would thus be no perceived stigma attached to those who did not swear an oath on the Bible.

[55] Prior to this amendment to section 16(1) of the Act it could be said that there was a requirement for a witness to make a religious statement if a witness wished to affirm instead of swearing an oath. The witness had to declare an objection to swearing an oath. However, such a statement is no longer required. Now a witness simply states that he or she wishes to affirm and must then be permitted to do so without anything further being required.

[56] The fact that a witness chooses to affirm, in my view, reveals absolutely nothing about their religious beliefs. A witness may object to swearing an oath on the Bible for religious reasons and thus wish to affirm. A witness may have no religious beliefs at all and thus chooses to affirm. A witness may choose to affirm for a multiple of other reasons. The point is that such a choice does not reveal anything about their personal or religious beliefs. For that matter a witness who chooses to swear an oath on the Bible is not necessarily making any religious statement. A witness does not have to demonstrate or assert a belief in God in order to swear on the Bible. In fact witnesses who have no religious beliefs at all may choose to swear an oath on the Bible.

[57] I cannot conclude that a witness needs to demonstrate any kind of religious practice in order to testify. Nor is a witness compelled to make any religious statements or reveal his or her conscience in order to give evidence. The challenged sections of the Act in my view do not compel the applicant to conform to the religious practices or beliefs of others.

THE SCHOOL PRAYER CASES

[58] The applicant relies on the cases dealing with religious exercises in schools to support her position that the challenged sections of the Act have an unconstitutional effect, whatever the purpose may be. She refers to the cases of *Zylberberg et. al. v. Director of Education of the Sudbury Board of Education (1988) 34 C.R.R. 1* and *Manitoba Association For Rights and Liberties et. al. v. Manitoba (Minister of Education) (1993) 82 Man. R. (2d) 39*.

[59] In the *Zylberberg* case the Ontario Court of Appeal struck down a regulation under the *Education Act*, which provided for religious exercises in schools at the opening or closing of the day. The impugned section in that case stated that "a public school shall be opened or closed each day with religious exercises consisting of the reading of Scriptures or other suitable readings and the reading of the Lord's Prayer or other suitable prayers". There was an exemption section in the regulation that provided that no pupil was required to participate in religious exercises where the parent applied for an exemption and that such a pupil need not be in attendance during such exercises.

[60] The majority of the court in *Zylberberg* concluded that there was an infringement of the applicant's right to freedom of conscience and religion. They noted that an aspect of the Charter freedom of conscience and religion that was of particular importance in that case was the freedom from conformity. They stated at page 16, that:

"The practices of a majoritarian religion cannot be imposed on religious minorities."

[61] The majority held that the legislation on its face infringed the guarantee of freedom of conscience and religion and that the purpose of the legislation was a religious one. It was argued in defence of the law that the right of exemption provided for in the regulation eliminated any suggestion of compulsion to participate in the religious exercises. However, the majority decision stated at page 19:

"While the majoritarian view may be that s. 28 confers freedom of choice on the minority, the reality is that it imposes on religious minorities a compulsion to conform to the religious practices of the majority."

[62] The majority in *Zylberberg* also noted that the applicants did not seek an exemption from the religious exercises because of their concern about differentiating their children from other pupils, and stated that:

"The requirement that pupils attend religious exercises, unless exempt, compels students and parents to make a religious statement." (At page 20)

They held that this requirement to make a religious statement also infringes the freedom of conscience and religion. The exemption clause did not preclude a finding of coercion because pupils under peer pressure would be reluctant to call attention to their difference by taking advantage of it. Thus it was held that the exemption clause had the chilling effect of discouraging the free exercise of the freedom of conscience and religion. (At page 23)

[63] The reasons of the majority in the *Zylberberg* case were approved and adopted by Monnin J. of the Manitoba Court of Queens Bench in *Manitoba Association For Rights and Liberties et. al. v. Manitoba (Minister of Education)*.

[64] In the *Anderson* case Joyal P. J. concluded that the reasoning in the school prayer cases was not applicable to the impugned sections of the *Manitoba Evidence Act* because in those cases the purpose of the challenged provisions was determined to be a religious one. I agree with the applicant, that while the purpose of the legislation in the school prayer cases was held to be a religious one, the courts also considered the effects of those provisions to be an infringement of the guarantee of freedom of conscience and religion.

[65] The applicant suggests that there are a number of parallels between religious exercises in public school and the challenged provisions of the Act in the present case. She submits that both have "opt-out provisions that are themselves a statement of conscience; the schools' opt-out clause was the choice not to participate, in court it is the option to affirm."

RJR-MacDonald Inc. *Appellant*

v.

**The Attorney General of
Canada** *Respondent*

and

Imperial Tobacco Ltd. *Appellant*

v.

**The Attorney General of
Canada** *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Mis-en-
cause*

and

**The Attorney General for Ontario, the
Heart and Stroke Foundation of Canada,
the Canadian Cancer Society, the Canadian
Council on Smoking and Health, the
Canadian Medical Association, and the
Canadian Lung Association** *Intervenors*INDEXED AS: **RJR-MACDONALD INC. v. CANADA**
(ATTORNEY GENERAL)

File Nos.: 23460, 23490.

1994: November 29, 30; 1995: September 21.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and
Major JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC*Constitutional law — Division of powers — Charter
of Rights — Freedom of expression — Commercial
advertising — Cigarette advertising banned — Whether
or not legislation validly enacted under criminal law***RJR-MacDonald Inc.** *Appelante*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Imperial Tobacco Ltd. *Appelante*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Le procureur général du Québec *Mis en
cause*

et

**Le procureur général de l'Ontario, la
Fondation des maladies du cœur du
Canada, la Société canadienne du cancer,
le Conseil canadien sur le tabagisme et
la santé, l'Association médicale canadienne
et l'Association pulmonaire du
Canada** *Intervenants*RÉPERTORIÉ: **RJR-MACDONALD INC. c. CANADA**
(PROCUREUR GÉNÉRAL)

Nos du greffe: 23460, 23490.

1994: 29, 30 novembre; 1995: 21 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin,
Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Partage des compétences —
Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité
commerciale — Publicité de la cigarette interdite — Les
dispositions législatives ont-elles été validement adop-*

power or under peace, order and good government clause — If so, whether or not Act's provisions infringing s. 2(b) Charter right to freedom of expression — If so, whether or not infringements justifiable under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Constitution Act, 1867, Preamble, s. 91(27) — Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20, ss. 4, 5, 6, 8, 9.

The *Tobacco Products Control Act* (the "Act") broadly prohibited (with specified exceptions) all advertising and promotion of tobacco products and the sale of a tobacco product unless its package includes prescribed unattributed health warnings and a list of toxic constituents. The legislative scheme targeted three distinct categories of commercial activity: advertising, promotion and labelling. The Act, except for a prohibition on the distribution of free samples of tobacco products, did not proscribe the sale, distribution or use of tobacco products.

These proceedings began with two separate motions for declaratory judgments before the Quebec Superior Court. The appellant RJR-MacDonald Inc. sought a declaration that the Act was wholly *ultra vires* Parliament and invalid as an unjustified infringement of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant Imperial Tobacco Ltd. sought the same order, but only in respect of ss. 4 and 5 (advertisement of tobacco products), and ss. 6 and 8 (promotion of tobacco products). The two motions were heard together in the Quebec Superior Court which declared the whole of the Act *ultra vires* the Parliament of Canada and as well found it to be of no force or effect as an unjustified infringement of s. 2(b) of the *Charter*. The Quebec Court of Appeal reversed this judgment. The constitutional questions considered by this Court queried: (1) whether Parliament had legislative competence to enact the Act under either the peace, order and good government of Canada clause or the criminal law power, and (2) whether the Act infringed the right to freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Charter* and, if so, whether it was saved under s. 1.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. dissenting): The appeals should be allowed. The first constitutional question dealing with the legisla-

tées dans le cadre de la compétence en matière de droit criminel ou en vertu de la disposition relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement? — Dans l'affirmative, les dispositions de la Loi violent-elles la liberté d'expression garantie à l'art. 2b) de la Charte? — Dans l'affirmative, les violations sont-elles justifiables en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 91(27) — Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, ch. 20, art. 4, 5, 6, 8, 9.

La Loi réglementant les produits du tabac (la «Loi») comporte une interdiction générale (sous réserve d'exceptions précises) de toute publicité et promotion en faveur des produits du tabac et de la vente de ces produits à moins que leur emballage ne comporte les mises en garde non attribuées prévues et une liste de leurs substances toxiques. Le régime législatif vise trois catégories distinctes d'activité commerciale: la publicité, la promotion et l'étiquetage. Sauf pour ce qui est de l'interdiction de distribuer des échantillons gratuits, la Loi n'interdit pas la vente, la distribution ou l'usage des produits du tabac.

Les présents litiges ont commencé par deux requêtes distinctes visant à obtenir des jugements déclaratoires devant la Cour supérieure du Québec. L'appelante RJR-MacDonald Inc. a demandé que la Loi soit déclarée complètement *ultra vires* du Parlement du Canada et non valide du fait qu'elle constitue une violation injustifiée de la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelante Imperial Tobacco Ltd. a demandé la même ordonnance, mais seulement relativement aux art. 4 et 5 (publicité en faveur des produits du tabac) et aux art. 6 et 8 (promotion des produits du tabac). Les deux requêtes ont été entendues en même temps par la Cour supérieure du Québec, qui a déclaré l'ensemble de la Loi *ultra vires* du Parlement du Canada et a affirmé que la Loi était inopérante du fait qu'elle constituait une violation injustifiée de l'al. 2b) de la *Charte*. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision. Notre Cour a examiné les questions constitutionnelles visant à déterminer: (1) si le Parlement avait la compétence nécessaire pour adopter la Loi soit pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, soit dans le cadre de sa compétence en matière de droit criminel, et (2) si la Loi porte atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si elle est sauvegardée par l'article premier.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont dissidents): Les pourvois sont accueillis. La première question constitutionnelle traitant de la compé-

1995 CanLII 64 (SCC)

tive competence of Parliament to enact the legislation under the criminal law power or for the peace, order and good government of Canada should be answered in the positive. With respect to the second constitutional question, ss. 4 (re advertising), 8 (re trade mark use) and 9 (re unattributed health warnings) of the Act are inconsistent with the right of freedom of expression as set out in 2(b) of the *Charter* and do not constitute a reasonable limit on that right as can be demonstrably justified pursuant to s. 1 thereof. La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. would find that they constitute a reasonable limit. Given that ss. 5 (re retail displays) and 6 (re sponsorships) could not be cleanly severed from ss. 4, 8 and 9, all are of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Division of Powers

(i) Criminal Law Power

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. (Sopinka and Major JJ. dissenting): The legislation was validly enacted under the criminal law power.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The legislation was validly enacted under the criminal law power, and it was accordingly unnecessary to consider whether it fell under the peace, order and good government clause. The criminal law power is plenary in nature, defined broadly, and not frozen in time or confined to a fixed domain of activity. The legislation must not, however, be colourable; some legitimate public purpose must underlie the prohibition.

The *Tobacco Products Control Act* is, in pith and substance, criminal law. Parliament's purpose was to prohibit three categories of acts: advertisement of tobacco products (ss. 4 and 5), promotion of tobacco products (ss. 6 to 8) and sale of tobacco products without printed health warnings (s. 9). The penal sanctions accompanying these prohibitions created a *prima facie* indication that the Act was criminal law. The Act also has an underlying criminal public purpose directed at some injurious effect upon the public — the detrimental health effects caused by tobacco consumption which were clearly demonstrated by the attorney general at trial.

tence du Parlement de légiférer en matière de droit criminel ou pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada reçoit une réponse positive. Pour ce qui est de la seconde question constitutionnelle, les art. 4 (la publicité), 8 (les marques) et 9 (les messages non attribués relatifs à la santé) de la Loi sont incompatibles avec le droit à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la *Charte* et n'apportent pas une limite raisonnable à l'exercice de ce droit, dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont d'avis qu'ils apportent une limite raisonnable. Vu que les art. 5 (commerce au détail) et 6 (parrainage) ne peuvent pas nettement être distingués des art. 4, 8 et 9, ils sont tous inopérants aux termes de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Partage des compétences

(i) Compétence en matière de droit criminel

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci (les juges Sopinka et Major sont dissidents): La loi a été validement adoptée en vertu de la compétence en matière de droit criminel.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: La Loi constitue un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel, et il était inutile d'examiner si elle relève de la compétence de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement. La compétence en matière de droit criminel est de nature plénière, sa portée est définie largement et sa définition n'est pas gelée à une époque déterminée ni restreinte à un domaine d'activité fixe. La loi ne doit pas être spéieuse; l'interdiction doit se fonder sur un objectif public légitime.

La *Loi réglementant les produits du tabac* est, de par son caractère véritable, une loi en matière de droit criminel. L'objectif du Parlement était d'interdire trois catégories d'actes: la publicité en faveur des produits du tabac (art. 4 et 5), la promotion des produits du tabac (art. 6 à 8) et la vente des produits du tabac dont l'emballage ne comporterait pas de messages relatifs à la santé (art. 9). Les sanctions pénales dont ces interdictions sont assorties créent une indication à première vue que la Loi est de droit criminel. La Loi a également un objectif public sous-jacent du droit criminel dirigé contre un effet nuisible pour le public — les effets nocifs de l'usage du tabac sur la santé, que le procureur général a clairement établis en première instance.

“Health” is not an enumerated head under the *Constitution Act, 1867*, and may be dealt with by valid federal or provincial legislation depending on the circumstances and nature and scope of the problem in question. The protection of health is one of the ordinary ends of the federal criminal law power. The scope of that power includes, for example, the right to legislate with respect to dangerous goods, including health warnings on dangerous goods. This legislation was not colourable. Its purpose is to protect Canadians against the serious health hazards that flow from the consumption of tobacco. Parliament’s decision to criminalize tobacco advertisement and promotion is a valid exercise of the criminal law power. The Act has the requisite “criminal public purpose” even though Parliament has not criminalized the “evil” ultimately aimed at but rather an activity ancillary to the “evil”. A prohibition upon the sale or consumption of tobacco is not now a practical policy option, given the addictive nature of tobacco products, and the large number of Canadians who smoke. It would be absurd to limit Parliament’s power to legislate in this emerging area of public concern simply because it cannot as a practical matter impose a prohibition more specifically aimed at the evil. The constitutionality of such legislation has recently been upheld in other cases.

The legislation, while not serving a “public purpose commonly recognized as being criminal in nature”, is nevertheless a valid exercise of the criminal law power. The definition of the criminal law is not “frozen as of some particular time” and the criminal law power includes the power to create new crimes. The existence of exemptions within the legislation does not transform it from criminal to regulatory legislation. Broad status-based exemptions to criminal legislation do not detract from the legislation’s criminal nature; they help define the crime by clarifying its contours.

Per McLachlin J.: Parliament may impose advertising bans and require health warnings on tobacco products under its criminal law power.

Per Sopinka and Major JJ.: Section 9 of the *Tobacco Products Control Act* falls within Parliament’s power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, but ss. 4, 5, 6, and 8 which prohibit all advertising and promotion

La «santé» n’est pas un chef de compétence énuméré dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, et la compétence en cette matière peut valablement être exercée dans le cadre de lois fédérales ou provinciales, selon les circonstances et selon la nature et la portée du problème en question. La protection de la santé constitue un des buts habituels de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Cette compétence comprend, par exemple, le droit de légiférer à l’égard des marchandises dangereuses, notamment à l’égard des mises en garde relatives à la santé. La loi en cause n’était pas spécieuse. Elle a pour objet de protéger les Canadiens contre les graves dangers de l’usage du tabac. La décision du Parlement de criminaliser la publicité et la promotion du tabac constitue un exercice valide de sa compétence en matière de droit criminel. La Loi vise un «objectif public du droit criminel» même si le Parlement n’a pas criminalisé le «mal» visé mais plutôt un aspect secondaire du «mal». Une interdiction de vente ou d’usage du tabac ne constitue pas une option politique pratique pour le moment, étant donné la dépendance que suscitent les produits du tabac et le grand nombre de Canadiens qui fument. Il serait absurde de restreindre la compétence du Parlement de légiférer dans ce nouveau domaine d’intérêt public simplement parce qu’il ne peut pas, d’un point de vue pratique, imposer une interdiction visant plus précisément le mal. La constitutionnalité de lois de ce genre a récemment été maintenue.

Bien qu’elle ne serve pas «une fin publique communément reconnue comme étant de nature criminelle» la Loi constitue néanmoins un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel. La définition du droit criminel n’est pas «gelé[e] à une époque déterminée», et la compétence de légiférer en matière de droit criminel comprend celle de définir de nouveaux crimes. Le fait qu’il existe des exemptions dans une loi n’en fait pas un texte réglementaire plutôt qu’un texte relevant du droit criminel. La création d’une exemption générale, fondée sur le statut, à l’application d’une loi en matière criminelle n’a pas pour effet d’enlever à la loi son caractère de droit criminel, elle contribue plutôt à définir l’infraction en clarifiant les particularités.

Le juge McLachlin: En vertu de sa compétence en matière de droit criminel, le Parlement peut imposer des interdictions sur la publicité et exiger l’apposition de mises en garde relatives à la santé sur les produits du tabac.

Les juges Sopinka et Major: L’article 9 de la *Loi réglementant les produits du tabac* relève de la compétence du Parlement en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais les art. 4, 5, 6 et 8, qui

of tobacco products and restrict the use of tobacco trademarks, do not. The criminal law power encompasses the right to legislate against dangerous foods and drugs, including tobacco products. Manufacturers of tobacco products are under a duty to disclose and warn of the dangers inherent in the consumption of tobacco products and failure to do so can validly constitute a crime.

The prohibition of conduct which interferes with the proper functioning of society or which undermines the safety and security of society as a whole lies at the heart of the criminal law. Matters posing a significant and serious risk of harm or causing significant and serious harm to public health, safety or security can be proscribed by Parliament as criminal. Lesser threats to society and its functioning are addressed through non-criminal regulation.

Care must be taken not to overstate the objective because its importance may be exaggerated and the analysis compromised. The objective of the advertising ban and trade mark usage restrictions is to prevent Canadians from being persuaded by advertising and promotion to use tobacco products.

The undesirability of this form of expression does not pose such a grave and serious danger to public health as to make it criminal. The Act lacked a typically criminal public purpose and is too far removed from the injurious or undesirable effects of tobacco use to constitute a valid exercise of the criminal law power. Those areas where ancillary activities have been criminalized, rather than the core activity itself, concern matters which have traditionally been subject to criminal sanctions and pose significant and serious dangers in and of themselves. Parliament could have criminalized tobacco use but chose not to.

Broad-based exemptions are a factor which may lead a court to conclude that the proscribed conduct is not truly criminal. The prohibitions on advertising cannot be upheld as a valid exercise of the criminal law power given the broad-based exemptions allowing for tobacco advertising in imported publications and given that the Act does not engage a typically criminal public purpose.

interdisent toute publicité et promotion en faveur des produits du tabac et restreignent l'utilisation des marques de tabac, n'en relèvent pas. La compétence en matière de droit criminel comprend le droit de légiférer contre les produits dangereux et les drogues, y compris les produits du tabac. Les fabricants de produits du tabac ont l'obligation de mettre en garde contre les dangers inhérents à la consommation du tabac, et l'omission de le faire peut valablement constituer un crime

L'interdiction de tout comportement qui entrave le bon fonctionnement de la société ou qui compromet la sécurité de la société dans son ensemble est au cœur du droit criminel. Tout ce qui pose un risque de préjudice grave et important ou qui entraîne pour la sécurité et la santé du public un préjudice grave ou important peut être interdit par le Parlement comme relevant du droit criminel. Les menaces moins graves pour la société et son fonctionnement sont ciblées dans les régimes de réglementation qui ne relèvent pas du droit criminel.

Il faut veiller à ne pas surestimer l'objectif parce qu'on risque d'en exagérer l'importance et d'en compromettre l'analyse. L'objectif de l'interdiction de publicité et des restrictions à l'usage des marques est d'empêcher la population canadienne de se laisser convaincre par la publicité et la promotion de faire usage du tabac.

Le fait que cette forme d'expression soit indésirable ne présente pas un risque grave et important pour la santé publique au point de la rendre criminelle. La Loi est dénuée d'un objectif public habituellement reconnu du droit criminel et est trop éloignée des effets nocifs ou indésirables de l'utilisation du tabac pour constituer un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel. Les domaines où les activités secondaires ont été criminalisées, plutôt que l'activité principale même, portent sur des sujets qui ont toujours fait l'objet de sanctions pénales et comportent en soi des dangers graves et importants. Le Parlement aurait pu criminaliser l'usage du tabac, mais il a choisi de ne pas le faire.

L'existence d'exemptions générales est un facteur qui peut mener un tribunal à conclure que le comportement interdit n'est pas véritablement criminel. L'interdiction de publicité ne peut pas être maintenue à titre d'exercice valide de la compétence en matière de droit criminel compte tenu des exemptions générales qui permettent la publicité en faveur du tabac dans les publications importées et du fait que la Loi ne relève pas d'un objectif public habituellement reconnu du droit criminel.

Charter Issues

(i) Infringement

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The impugned sections infringed freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the Charter.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: The prohibition on advertising and promotion under the Act infringed appellants' right to freedom of expression under s. 2(b) of the Charter.

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The prohibition on advertising and promotion of tobacco products violated the right to free expression. Since freedom of expression necessarily entails the right to say nothing or the right not to say certain things, the requirement that tobacco manufacturers place an unattributed health warning on tobacco packages combined with the prohibition against displaying any writing on their packaging other than the name, brand name, trade mark, and other information required by legislation too infringed this right. Section 7, which prohibits the free distribution of any tobacco product in any form, is closely connected to the law's objective and should stand.

(ii) Section 1 Analysis

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The impugned sections were not justified under s. 1 of the Charter. La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. would have found the impugned sections justified and therefore saved under s. 1.

*Per Sopinka, McLachlin and Major JJ.: The appropriate test in a s. 1 analysis is that found in s. 1 itself: whether the infringement is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. No conflict exists between the words of s. 1 and the jurisprudence founded upon *Oakes*. The word "demonstrably" in s. 1 is critical: the process is neither one of mere intuition nor of deference to Parliament's choice. While remaining sensitive to the social and political context of the impugned law and allowing for difficulties of proof inherent in that context, the courts must nevertheless insist that, before the state can override constitutional rights, there be a reasoned demonstration of the good*

Questions relatives à la Charte

(i) Violation

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les dispositions contestées violent la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la Charte.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: L'interdiction de publicité et de promotion imposée par la Loi viole le droit des appelantes à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la Charte.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major: L'interdiction imposée sur la publicité et la promotion des produits du tabac constitue une violation du droit à la liberté d'expression. Comme la liberté d'expression comporte nécessairement le droit de ne rien dire ou encore le droit de ne pas dire certaines choses, l'obligation imposée aux fabricants de tabac d'inscrire sur les emballages des produits du tabac des messages non attribués relatifs à la santé, conjuguée à l'interdiction d'apposer sur l'emballage d'un produit des mentions autres que la désignation, le nom, la marque et les renseignements prévus par une loi, constitue une violation de ce droit. L'article 7, qui interdit la distribution gratuite des produits du tabac, sous quelque forme que ce soit, se rattache étroitement à l'objectif de la loi et devrait être déclaré valide.

(ii) Analyse relative à l'article premier

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major: Les dispositions contestées ne sont pas justifiées en vertu de l'article premier de la Charte. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory auraient conclu que les dispositions contestées étaient justifiées et qu'elles étaient par conséquent sauvegardées par l'article premier.

*Les juges Sopinka, McLachlin et Major: Le critère approprié applicable à une analyse fondée sur l'article premier se trouve dans la disposition même et consiste à déterminer si la violation est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il n'existe pas d'incompatibilité entre le libellé de l'article premier et la jurisprudence fondée sur l'arrêt *Oakes*. Les mots «puisse se démontrer» sont importants. En effet, il ne s'agit pas de procéder par simple intuition ou d'affirmer qu'il faut avoir de l'égard pour le choix du Parlement. Bien qu'ils doivent demeurer conscients du contexte socio-politique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont propres en matière de preuve, les*

which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement.

Context, deference and a flexible and realistic standard of proof are essential aspects of the s. 1 analysis. The *Oakes* test must be applied flexibly, having regard to the factual and social context of each case. This contextual approach does not reduce the obligation on the state to demonstrate that the limitation on rights imposed by the law is reasonable and justified. The deference accorded to Parliament may vary with the social context but must not be carried to the point of relieving the government of its *Charter*-based burden of demonstrating the limits it has imposed on guaranteed rights to be reasonable and justifiable. To do so would diminish the role of the courts in the constitutional process and weaken the structure of rights. The civil standard of proof on a balance of probabilities at all stages of the proportionality analysis is more appropriate.

Courts of appeal, as a general rule, decline to interfere with findings of fact by a trial judge unless they are unsupported by the evidence or based on clear error. In the context of the s. 1 analysis, more deference may be required where findings are based on evidence of a purely factual nature whereas a lesser degree of deference may be required where the trial judge has considered social science and other policy-oriented evidence. Appellate courts generally are not as constrained by the trial judge's findings in the context of the s. 1 analysis as they are in the course of non-constitutional litigation because the impact of the infringement on constitutional rights must often be assessed by reference to a broad review of social, economic and political factors in addition to scientific facts.

The objective should not be overstated. The objective relevant to the s. 1 analysis is that of the infringing measure, since only the infringing measure must be justified. If the objective is stated too broadly, its importance may be exaggerated and the analysis compromised. The objective of the impugned measures, however, is somewhat narrower than the objectives of the wider legisla-

tribunaux doivent néanmoins insister pour que, avant qu'il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l'État fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation.

Les concepts de contexte, de respect et d'application d'une norme de preuve souple et réaliste sont des aspects essentiels de l'analyse fondée sur l'article premier. Le critère formulé dans *Oakes* doit être appliqué avec souplesse, compte tenu du contexte factuel et social de chaque cas particulier. Cette analyse contextuelle n'a pas pour effet de diminuer l'obligation qu'a l'État de démontrer que la restriction des droits est raisonnable et justifiée. Le respect accordé au Parlement peut varier en fonction du contexte social, mais il ne doit pas aller jusqu'au point de libérer le gouvernement de l'obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Agir ainsi reviendrait à diminuer le rôle des tribunaux à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits. La norme de preuve qui convient, à toutes les étapes de l'analyse de la proportionnalité, est celle qui s'applique en matière civile, c'est-à-dire la preuve selon la prépondérance des probabilités.

En règle générale, une cour d'appel refuse de modifier les conclusions de fait du juge de première instance, sauf si ces conclusions ne s'appuient pas sur la preuve ou sont fondées sur une erreur manifeste. Dans le contexte de l'analyse fondée sur l'article premier, il pourrait bien être nécessaire de faire preuve d'une plus grande retenue à l'égard de conclusions fondées sur une preuve de nature purement factuelle, qu'à l'égard de conclusions que le juge de première instance aurait tirées après l'examen de la preuve en matière de sciences humaines et d'autres questions de principe. En règle générale, dans le contexte d'une analyse fondée sur l'article premier, une cour d'appel n'est pas liée par les conclusions du juge de première instance au même degré qu'elle l'est dans le cadre d'un litige de nature non constitutionnelle, puisque l'incidence de la violation sur les droits constitutionnels doit souvent être évaluée dans le cadre d'un vaste examen de facteurs sociaux, économiques et politiques, qui vient s'ajouter à celui de faits scientifiques.

Il faut veiller à ne pas surestimer l'objectif. Aux fins d'une analyse fondée sur l'article premier, l'objectif pertinent est celui de la mesure attentatoire puisque c'est cette dernière que l'on cherche à justifier. Si l'on formule l'objectif d'une façon trop large, on risque d'en exagérer l'importance et d'en compromettre l'analyse. Cependant, l'objectif des mesures contestées est un peu

tive and policy scheme in which the Act is found. The advertising ban and trade mark usage restrictions are to prevent people in Canada from being persuaded by advertising and promotion to use tobacco products. The mandatory package warning is to discourage people who see the package from tobacco use. Both constitute important objectives. The critical question, however, is not the evil tobacco works generally in our society, but the evil which the legislation addresses.

The extent to which this Court should defer to the trial judge's findings depends on whether the findings relate to purely factual matters or whether they relate to complex social science evidence from which it is difficult to draw firm factual and scientific conclusions. Less deference should be accorded to the trial judge's finding that the complete ban on advertising was not rationally connected to the aim of reducing advertising-induced consumption. Much of the evidence adduced on this point was social science evidence predictive of human behaviour from which it was difficult to draw firm factual conclusions.

The impugned provisions mandating a complete ban and unattributed package warnings do not minimally impair the right to free expression. Under the minimal impairment analysis, the trial judge did not rely on problematic social science data, but on the fact that the government had adduced no evidence to show that less intrusive regulation would not achieve its goals as effectively as an outright ban. Nor had the government adduced evidence to show that attributed health warnings would not be as effective as unattributed warnings on tobacco packaging.

The causal relationship between the infringement of rights and the benefit sought may sometimes be proved by scientific evidence showing that as a matter of repeated observation, one affects the other. Where, however, legislation is directed at changing human behaviour, as in the case of the *Tobacco Products Control Act*, the causal relationship may not be scientifically

plus restreint que les objectifs plus vastes du régime complexe dans lequel s'inscrit la Loi sur le plan législatif et sur celui des principes. L'interdiction de publicité et les restrictions à l'usage des marques visent à empêcher la population canadienne de se laisser convaincre par la publicité et la promotion de faire usage du tabac. L'objectif de la mise en garde obligatoire est de dissuader les gens qui voient l'emballage de faire usage du tabac. Dans les deux cas, il s'agit d'objectifs importants. La question cruciale, toutefois, n'est pas le mal que le tabac cause dans l'ensemble de notre société, mais bien le mal auquel s'attaque la loi.

La mesure dans laquelle notre Cour devrait faire preuve de retenue à l'égard des conclusions du juge de première instance dépend de la réponse à la question de savoir si les conclusions se rapportent à des questions purement factuelles ou à des éléments de preuve complexes en matière de sciences humaines à partir desquels il est difficile de tirer de solides conclusions factuelles et scientifiques. Il y a lieu de faire preuve d'une moins grande retenue à l'égard de la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'interdiction totale de publicité n'avait pas de lien rationnel avec l'objectif de diminution de la consommation provoquée par la publicité. La majeure partie de la preuve présentée sur ce point consistait en des données en matière de sciences humaines concernant le comportement humain prévisible, à partir desquelles il était difficile de tirer de solides conclusions factuelles.

Les dispositions attaquées, qui interdisent toute publicité et exigent l'apposition de mises en garde non attribuées sur les emballages, ne constituent pas une atteinte minimale à la liberté d'expression. Dans le cadre de l'analyse de l'atteinte minimale, le juge de première instance ne s'est pas fié à des données problématiques en matière de sciences humaines mais plutôt au fait que le gouvernement n'avait pas présenté d'éléments de preuve établissant qu'un règlement moins attentatoire n'atteindrait pas ses objectifs aussi efficacement qu'une interdiction totale. Le gouvernement n'avait pas non plus présenté d'éléments de preuve pour établir que des mises en garde attribuées sur les emballages des produits du tabac ne seraient pas aussi efficaces que des mises en garde non attribuées.

Le lien causal entre l'atteinte aux droits et l'avantage recherché peut parfois être établi par une preuve scientifique démontrant, à la suite d'une observation répétée, que l'un influe sur l'autre. Par contre, dans les cas où une loi vise une modification du comportement humain, comme dans le cas de la *Loi réglementant les produits du tabac*, le lien causal pourrait bien ne pas être mesura-

measurable. In such cases, this Court has been prepared to find a causal connection between the infringement and benefit sought on the basis of reason or logic, without insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective. Here, no direct evidence of a scientific nature showed a causal link between advertising bans and decrease in tobacco consumption. A link, established on a balance of probabilities and based on reason, existed between certain forms of advertising, warnings and tobacco consumption. No causal connection existed however, whether based on direct evidence or logic and reason, between the objective of decreasing tobacco consumption and s. 8's absolute prohibition on the use of a tobacco trade mark on articles other than tobacco products. Section 8 failed the rational connection test.

A complete ban on a form of expression is more difficult to justify than a partial ban. The government must show that only a full prohibition will enable it to achieve its objective. Where, as here, no evidence is adduced to show that a partial ban would be less effective than a total ban, the justification required by s. 1 to save the violation of free speech is not established.

As a matter of reason and logic, lifestyle advertising is designed to increase consumption. Purely informational or brand preference advertising, however, has not been shown to have this effect. Several less intrusive alternative measures would be a reasonable impairment of the right to free expression, given the important objective and the legislative context.

Allowing Parliament to choose such measures as it sees fit by contrasting the importance of Parliament's objective with the low value of the expression at issue raises a number of concerns. First, to argue that the importance of the legislative objective justifies more deference to the government at the stage of evaluating minimal impairment, is to engage in the balancing between objective and deleterious effect contemplated by the third stage of the proportionality analysis in *Oakes*. Second, just as care must be taken not to overvalue the legislative objective beyond its actual parameters, so care must be taken not to undervalue the expression at issue. Third, a great deal of reliance is placed on the fact that the appellants are motivated by profit. Motivation to profit is irrelevant to the determination of

ble du point de vue scientifique. Dans ces cas, notre Cour s'est montrée disposée à reconnaître l'existence d'un lien causal entre la violation et l'avantage recherché sur le fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif. En l'espèce, il n'existait aucune preuve directe de nature scientifique de l'existence d'un lien causal entre une interdiction de publicité et la diminution de l'usage du tabac. On a établi, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien fondé sur la raison entre certaines formes de publicité, les mises en garde et l'usage du tabac. Cependant, il n'existait pas de lien causal, fondé sur une preuve directe ou sur la logique ou la raison, entre l'objectif de diminution de l'usage du tabac et l'interdiction absolue, imposée par l'art. 8, quant à l'usage des marques sur des articles autres que les produits du tabac. L'article 8 ne satisfait pas au critère du lien rationnel.

Il est plus difficile de justifier l'interdiction totale d'une forme d'expression que son interdiction partielle. Le gouvernement doit établir que seule une interdiction totale lui permettra d'atteindre son objectif. Si, comme en l'espèce, aucune preuve n'a été présentée pour démontrer qu'une interdiction partielle serait moins efficace qu'une interdiction totale, on n'a pas établi la justification requise en vertu de l'article premier visant à sauvegarder la violation de la liberté d'expression.

D'un point de vue rationnel et logique, la publicité de style de vie vise à accroître la consommation, mais rien n'indique que la publicité purement informative ou de fidélité aux marques a cet effet. Plusieurs autres mesures, par ailleurs moins envahissantes, constitueraient une atteinte raisonnable au droit à la liberté d'expression, étant donné l'importance de l'objectif et du contexte législatif.

Permettre au Parlement de choisir les mesures qu'il juge appropriées en comparant l'importance de l'objectif qu'il vise et la faible valeur de l'expression en cause soulève certaines préoccupations. Premièrement, soutenir que l'importance de l'objectif législatif justifie un plus grand respect envers le gouvernement à l'étape de l'évaluation de l'atteinte minimale, c'est procéder à la pondération des effets objectifs et des effets préjudiciables, prévue à la troisième étape de l'analyse de la proportionnalité dans l'arrêt *Oakes*. Deuxièmement, tout comme il faut prendre soin de ne pas surestimer l'objectif législatif par rapport à ses véritables paramètres, il faut veiller à ne pas sous-estimer l'importance de l'expression en cause. Troisièmement, une grande importance est accordée au fait que les appelantes sont moti-

whether the government has established that the law is reasonable or justified as an infringement of freedom of expression.

The requirement that the warning be unattributed pursuant to s. 9 of the Act fails to meet the minimum impairment requirement of proportionality. The government is clearly justified in requiring the appellants to place warnings on tobacco packaging. For the reasons given with respect to the advertising ban, a lower level of constitutional scrutiny is not justified in deciding whether it was necessary to prohibit the appellants from attributing the message to the government and whether it was necessary to prevent the appellants from placing on their packaging any information other than that allowed by the regulations.

Per Lamer C.J. and Iacobucci J.: The Tobacco Products Control Act did not minimally impair the appellants' s. 2(b) Charter rights. An attenuated minimal impairment analysis could unduly dilute the s. 1 principles as originally cast in Oakes and related cases creating the risk that Charter violations would be too easily justified, with the result that Charter values would be too easily undercut.

The Act was rationally connected to its goal of protecting Canadians from the health risks associated with tobacco use. Rational connection is to be established, upon a civil standard, through reason, logic or common sense. The existence of scientific proof is simply of probative value in demonstrating this reason, logic or common sense but is by no means dispositive or determinative. The Act, however, was not "social engineering". Agreement was expressed with the approach described by La Forest J. relative to appellate court intervention on legislative or social facts found by a trial judge.

Minimal impairment analysis requires consideration of whether or not the legislature turned its mind to alternative and less rights-impairing means to promote its legislative goal. Here, evidence related to the options considered as alternatives to the total ban was withheld from the factual record. In cases like these involving wide public interest constitutional litigation, government should remain non-adversarial and make full dis-

vées par le profit. La volonté de faire un profit ne constitue pas une considération pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le gouvernement a établi que la loi est raisonnable ou justifiée en tant qu'atteinte à la liberté d'expression.

L'exigence de la non-attribution des mises en garde, prévue à l'art. 9 de la Loi, ne satisfait pas à l'exigence de l'atteinte minimale de la proportionnalité. Le gouvernement est clairement justifié d'exiger des appelantes qu'elles apposent des mises en garde sur les emballages des produits du tabac. Pour les motifs exposés relativement à l'interdiction de publicité, il n'est pas justifié de procéder à une analyse constitutionnelle moins approfondie afin de décider s'il était nécessaire d'interdire aux appelantes d'attribuer le message au gouvernement et s'il était nécessaire de les empêcher d'apposer sur leur emballage des renseignements autres que ceux autorisés par règlement.

Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci: La Loi réglementant les produits du tabac ne constitue pas une atteinte minimale aux droits garantis aux appelantes par l'al. 2b) de la Charte. Une analyse assouplie de l'atteinte minimale risque de trop diluer les principes d'application de l'article premier par rapport à leur formulation initiale dans l'arrêt Oakes et les arrêts connexes, créant ainsi un risque que les violations de la Charte ne soient trop facilement justifiées et, de ce fait, que les valeurs protégées par la Charte ne soient trop facilement contrecarrées.

La Loi a un lien rationnel avec son objectif de protéger les Canadiens contre les méfaits de l'usage du tabac sur la santé. Le lien rationnel doit être établi, selon la norme de preuve en matière civile, par la raison, la logique ou le simple bon sens. L'existence d'une preuve scientifique n'a une valeur probante que lorsqu'il s'agit d'établir la raison, la logique ou le bon sens, mais elle n'est en aucune façon déterminante. Toutefois, la Loi n'est pas une forme d'«ingénierie sociale». La méthode décrite par le juge La Forest relativement à l'intervention des cours d'appel en ce qui concerne les faits législatifs ou sociaux constatés par le juge de première instance est acceptée.

Dans l'analyse de l'atteinte minimale, il faut déterminer si le législateur a examiné d'autres mesures moins attentatoires pour atteindre l'objectif législatif en question. En l'espèce, des éléments de preuve concernant les options envisagées comme solutions de rechange à l'interdiction totale ont été supprimés du dossier de la preuve factuelle. Dans les cas où, comme en l'espèce, il s'agit d'un litige d'un grand intérêt public en matière

closure. The total prohibition on advertising (the full rights-impairing option) is only constitutionally acceptable if information is provided that such a total prohibition is necessary in order for the legislation to achieve a pressing and substantial goal. When the evidence is unclear whether a partial prohibition is as effective as a full prohibition, the *Charter* requires that the legislature enact the partial denial of the implicated *Charter* right. The tailoring required to meet minimal impairment was not significant and yet very necessary to the Act's being constitutional.

Section 9 of the Act, requiring the placing of unattributed health warnings, infringed s. 2(b) and was unjustifiable under s. 1 for the reasons of McLachlin J. Sections 4, 5, 6 and 8 should also be struck. Proof might exist for this total and absolute ban on advertising, but without it, there is no justifiable basis for this ban.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: The infringement was justifiable under s. 1. Protecting Canadians from the health risks associated with tobacco use, and informing them about these risks, is a pressing and substantial objective. It meets the two broad criteria set forth in *Oakes*. First, its objective is of sufficient importance to override a guaranteed right. Second, it meets the proportionality requirements established in *Oakes*. These requirements are not synonymous with nor have they been superseded by those set forth in s. 1 of the *Charter*. The appropriate "test" is that found in s. 1 itself. The courts are to determine whether an infringement is reasonable and can be demonstrably justified in a "free and democratic society" and must strike a delicate balance between individual rights and community needs. This balance cannot be achieved in the abstract, with reference solely to a formalistic "test" uniformly applicable in all circumstances. The section 1 inquiry is an unavoidably normative inquiry, requiring the courts to take into account both the nature of the infringed right and the specific values and principles upon which the state seeks to justify the infringement. An important "synergetic relation" exists between *Charter* rights and the context in which they are claimed. The *Oakes* requirements therefore must be applied flexibly, having regard to the specific factual and social context of each case. A rigid or formalistic approach should be

constitutionnelle, le gouvernement ne devrait pas s'en tenir à un débat contradictoire et devrait faire une pleine divulgation. L'interdiction totale de publicité (l'option pleinement attentatoire aux droits) n'est acceptable du point de vue constitutionnel que s'il existe des renseignements établissant qu'une telle interdiction est nécessaire pour qu'un objectif urgent et réel de la loi soit atteint. Si la preuve ne permet pas d'établir clairement si une interdiction partielle est aussi efficace qu'une interdiction totale, la *Charte* exige que le législateur opte pour la mesure qui constitue une atteinte partielle au droit qui y est garanti. Les adaptations qui s'imposent pour satisfaire au critère de l'atteinte minimale ne sont pas importantes, mais elles sont tout à fait nécessaires pour rendre la loi constitutionnelle.

L'article 9 de la Loi, qui exige l'apposition de messages non attribués, viole l'al. 2b) et n'est pas justifiable en vertu de l'article premier pour les motifs formulés par le juge McLachlin. Les articles 4, 5, 6 et 8 devraient aussi être annulés. Il existe peut-être une preuve appuyant cette interdiction totale et absolue de la publicité, mais sans cette preuve, l'interdiction n'est pas justifiable.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: La violation était justifiable en vertu de l'article premier. Protéger les Canadiens contre les conséquences néfastes du tabac sur la santé et les sensibiliser à ces conséquences constitue un objectif urgent et réel. Cette mesure satisfait aux deux critères généraux énoncés dans *Oakes*. Premièrement, son objectif est suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti. Deuxièmement, cet objectif répond aux exigences de la proportionnalité formulées dans *Oakes*. Ces exigences ne sont pas comparables à celles applicables à l'article premier de la *Charte* ni ne les ont remplacées. Le «critère» approprié se trouve dans l'article premier même. Les tribunaux doivent déterminer si la limite est raisonnable et si elle peut se démontrer dans le cadre d'une «société libre et démocratique», et ils doivent établir un équilibre délicat entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Un tel équilibre ne peut être établi dans l'abstrait, à partir seulement d'un «critère» formaliste qui s'appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances. L'examen fondé sur l'article premier est un examen inévitablement normatif qui exige des tribunaux qu'ils tiennent compte de la nature du droit violé ainsi que des valeurs et des principes spécifiques à partir desquels l'État tente de justifier la violation. Il existe un important «rapport synergique» entre les droits garantis par la *Charte* et le contexte de l'instance particulière. Les exigences formulées dans *Oakes* doivent donc être appliquées avec souplesse en tenant

avoided in order to overcome the risk of losing sight of this relation.

The evidentiary requirements under s. 1 vary substantially depending upon both the nature of the legislation and the nature of the right infringed. Here, both these contextual elements were highly relevant to a proper application of the s. 1 analysis. The application of a "rigorous" civil standard of proof below resulted in a failure to take into account the specific context in which the s. 1 balancing must take place.

The nature and scope of the health problems raised by tobacco consumption are highly relevant to the s. 1 analysis, both in determining the appropriate standard of justification and in weighing the relevant evidence. Despite the lack of definitive scientific explanations of the causes of tobacco addiction, clear evidence does exist of the detrimental social effects of tobacco consumption. Overwhelming evidence was introduced at trial that tobacco consumption is a principal cause of deadly cancers, heart disease and lung disease, and that tobacco is highly addictive. The most distressing aspect of the evidence is that tobacco consumption is most widespread among the most vulnerable, the young and the less educated, at whom much of the advertising is specifically directed.

The significant gap between an understanding of the health effects of tobacco consumption and of the root causes of tobacco consumption raises a fundamental institutional problem that must be taken into account in undertaking the s. 1 balancing. Strictly applying the proportionality analysis in cases of this nature would place an impossible onus on Parliament by requiring it to produce definitive social scientific evidence respecting the root causes of a pressing area of social concern whenever Parliament wished to address its effects. This would have the effect of virtually paralyzing the operation of government in the socio-economic sphere. To require Parliament to await definitive social science conclusions whenever it wishes to make social policy would impose an unjustifiable and unrealistic limit on legislative power.

compte du contexte factuel et social particulier de chaque cas. Il faut éviter d'utiliser une méthode rigide ou formaliste si l'on veut écarter le risque qu'il ne soit pas tenu compte de ce rapport.

Les exigences en matière de preuve sous le régime de l'article premier varient beaucoup en fonction de la nature de la loi et du caractère du droit atteint. En l'espèce, ces deux éléments contextuels sont fort pertinents pour une bonne application de l'analyse fondée sur l'article premier. L'application «rigoureuse» du fardeau de la preuve en matière civile par les instances inférieures a fait en sorte que l'on n'a pas tenu compte du contexte spécifique dans lequel doit se dérouler la pondération en vertu de l'article premier.

La nature et l'étendue des problèmes de santé reliés à l'usage du tabac sont tout à fait pertinents pour l'analyse fondée sur l'article premier, tant aux fins de la détermination du critère approprié de justification que dans l'appréciation de la preuve pertinente. Malgré l'absence d'explications scientifiques concluantes des causes de la dépendance au tabac, il existe des éléments de preuve clairs sur les effets sociaux préjudiciables de l'usage du tabac. On a présenté en première instance une preuve abondante établissant que l'usage du tabac est une cause principale de cancers, de maladies cardiaques et de maladies pulmonaires entraînant la mort, et que le tabac crée une forte dépendance. L'aspect le plus troublant de la preuve est que l'usage du tabac est plus répandu chez les personnes les plus vulnérables, soit les jeunes et les personnes moins instruites, vers qui une grande partie de la publicité est expressément dirigée.

L'écart important entre ce que nous comprenons des effets de l'usage du tabac sur la santé et des principales causes de cet usage soulève un problème institutionnel fondamental dont il faut tenir compte dans la pondération effectuée en application de l'article premier. Une application stricte de l'analyse de la proportionnalité dans les affaires de cette nature imposerait un fardeau impossible au Parlement puisqu'il serait alors tenu de produire des éléments de preuve socio-scientifiques concluants relativement aux causes fondamentales d'un problème urgent d'intérêt social chaque fois qu'il désire s'attaquer à ses effets. Cela aurait pour effet de pratiquement paralyser le fonctionnement de l'appareil gouvernemental dans la sphère socio-économique. Si l'on exigeait du Parlement qu'il attende les données concluantes des études dans le domaine des sciences humaines chaque fois qu'il désire adopter une politique sociale, on restreindrait la compétence législative de façon injustifiable et irréaliste.

1995 CanLII 64 (SCC)

The Court has recognized that the *Oakes* standard of justification should be attenuated when institutional constraints analogous to those in the present cases arise. Although courts are specialists in the protection of liberty and the interpretation of legislation and are, accordingly, well placed to subject criminal justice legislation to careful scrutiny — that is not so in the sphere of policy-making. Policy-making is a role properly assigned to elected parliamentarians who have the necessary institutional resources to enable them to compile and assess social science evidence, to mediate between competing social interests and to reach out and protect vulnerable groups. In according a greater degree of deference to social legislation than to ordinary criminal justice legislation, the courts recognize these important institutional differences. The Act in issue is the type of legislation generally accorded a high degree of deference and the considerations addressed in *Irwin Toy* and *McKinney* are applicable.

Expression, depending on its nature, is entitled to varying levels of constitutional protection and requires a contextual, as opposed to an abstract, approach. Although freedom of expression is a fundamental value, other fundamental values are also deserving of protection and consideration by the courts. When these values come into conflict, the courts must make choices based not upon abstract analysis, but upon a concrete weighing of the relative significance of each of the relevant values in our community in the specific context. Freedom of expression claims must be weighed in light of their relative connection to a set of even more fundamental or core values which include the search for political, artistic and scientific truth, the protection of individual autonomy and self-development, and the promotion of public participation in the democratic process. State action placing such values in jeopardy is subject to a searching degree of scrutiny. Where the expression in question is farther from the “core” of freedom of expression values, a lower standard of justification may be applied.

The harm engendered by tobacco and the profit motive underlying its promotion place this form of expression as far from the “core” of freedom of expression values as prostitution, hate-mongering and pornography. Its sole purpose is to promote the use of a product that is harmful and often fatal to the consumer by sophisticated advertising campaigns often specifically

La Cour a reconnu qu'il y aurait lieu d'assouplir le critère de justification formulé dans *Oakes* en présence de contraintes institutionnelles semblables à celles qui existent en l'espèce. Bien que les tribunaux soient des spécialistes de la protection de la liberté et de l'interprétation des lois et que, par conséquent, ils soient bien placés pour faire un examen approfondi des lois en matière de justice criminelle, ce n'est pas le cas dans le domaine de l'élaboration des politiques. Ce dernier rôle incombe aux parlementaires élus, qui disposent des ressources institutionnelles nécessaires pour recueillir et examiner la documentation en matière de sciences humaines, arbitrer entre des intérêts sociaux opposés et assurer la protection des groupes vulnérables. Lorsqu'ils font preuve d'une plus grande retenue à l'égard des lois à caractère social qu'à l'égard des lois ordinaires en matière de justice criminelle, les tribunaux reconnaissent ces différences institutionnelles importantes. La Loi est le type de loi envers laquelle on fait généralement preuve d'une grande retenue, et les considérations examinées dans les arrêts *Irwin Toy* et *McKinney* sont applicables.

L'expression, selon sa nature, pourra bénéficier de divers degrés de protection constitutionnelle et l'on doit recourir à une méthode contextuelle, et non abstraite. Bien que la liberté d'expression soit une valeur fondamentale, il en existe d'autres qui méritent aussi d'être protégées et examinées par les tribunaux. En cas de conflit entre ces valeurs, les tribunaux sont appelés à faire des choix fondés non pas sur une analyse abstraite, mais sur une appréciation concrète de l'importance relative de chacune des valeurs pertinentes dans notre collectivité dans le contexte en question. Les demandes touchant la liberté d'expression doivent être examinées en fonction du lien relatif qu'elles ont avec des valeurs encore plus fondamentales, dont la découverte de la vérité dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l'autonomie et de l'enrichissement personnels et la promotion de la participation du public au processus démocratique. Lorsque les mesures gouvernementales menacent ces valeurs, elles doivent être examinées rigoureusement. Lorsque l'expression en cause s'écarte beaucoup de l'«essence» des valeurs de la liberté d'expression, le critère de justification appliqué peut être moins rigide.

Les maux engendrés par le tabac et la volonté de faire des profits qui en sous-tend la promotion placent cette forme d'expression aussi loin du «cœur» des valeurs de la liberté d'expression que la prostitution, la fomentation de la haine ou la pornographie. Son seul but est de promouvoir, par des campagnes de publicité subtiles visant souvent expressément les jeunes et les plus vulnérables,

aimed at the young and most vulnerable. This form of expression must then be accorded a very low degree of protection under s. 1 and an attenuated level of justification is appropriate. The Attorney General need only demonstrate that Parliament had a rational basis for introducing the measures contained in this Act.

The reliance on the trial judge's finding need not be adopted. An appellate court generally may only interfere with the factual findings of a trial judge where the trial judge made a manifest error and where that error influenced the trial judge's final conclusion or overall appreciation of the evidence. The trial judge's factual findings in these cases, however, were not of the type that fall within the general rule of appellate "non-interference". The privileged position of the trial judge to appreciate and weigh adjudicative facts does not extend to the assessment of "social" or "legislative" facts that arise in the law-making process. The trial judge's factual findings concerning the connection between tobacco advertising and consumption were therefore entitled to minimal deference.

The legislative means chosen under the Act must be rationally connected to the objective of protecting public health by reducing tobacco consumption, not according to a civil standard of proof, but only to the extent that there was a reasonable basis for believing such connection. A rational connection obviously exists between a prohibition on the distribution of free samples of tobacco products under s. 7 and the protection of public health. One also exists between the prohibition on advertising and promotion of tobacco products under ss. 4, 5, 6, and 8 and the objective of reducing tobacco consumption. Notwithstanding the want of a definitive study connecting tobacco advertising and tobacco consumption, sufficient evidence was adduced at trial to conclude that the objective of reducing tobacco consumption is logically furthered by the prohibition on tobacco advertising and promotion under the Act. The large advertising budgets of the tobacco companies of themselves suggest that advertising not only helps to maintain brand loyalty but also to increase consumption and to induce smokers not to quit. The government's concern with the health effects of tobacco can quite reasonably extend to both potential smokers and current smokers who would prefer to quit but cannot. Three categories of evidence capable of substantiating this rational connection were disregarded at trial: internal tobacco marketing documents, expert reports, and international materials. The internal marketing documents

l'usage d'un produit qui est nocif, voire souvent fatal, pour le consommateur. Cette forme d'expression n'a alors droit qu'à une faible protection en vertu de l'article premier et l'on doit faire preuve de souplesse dans la justification au regard de l'article premier. Le procureur général n'a qu'à établir que le Parlement avait un motif rationnel de déposer les mesures contenues dans la Loi.

Il n'y a pas lieu d'adopter les conclusions du juge de première instance. En règle générale, une cour d'appel ne peut modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance, sauf si celui-ci a commis une erreur manifeste qui a influencé sa conclusion définitive ou encore son appréciation globale de la preuve. Toutefois, en l'espèce, les conclusions de fait du juge de première instance n'étaient pas du type de celles qui seraient visées par la règle générale de «non-intervention» en appel. La situation privilégiée du juge de première instance lorsqu'il apprécie et pondère les faits en litige ne s'étend pas à l'évaluation des faits «sociaux» ou «législatifs» qui se rattachent au processus législatif. Les conclusions de fait du juge de première instance relativement au lien entre la publicité en faveur des produits du tabac et l'usage du tabac devaient donc faire l'objet d'une retenue minimale.

Les moyens législatifs choisis doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif de protéger la santé publique par la réduction de l'usage du tabac, qui n'a pas à être établi selon les règles de preuve en matière civile, mais seulement dans la mesure où il y a des motifs raisonnables de croire à l'existence d'un tel lien. Il existe manifestement un lien rationnel entre l'interdiction, en vertu de l'art. 7, de distribuer des échantillons gratuits de produits du tabac et la protection de la santé publique. Il en existe un également entre l'interdiction de publicité et de promotion en faveur des produits du tabac, en vertu des art. 4, 5, 6 et 8, et l'objectif de réduire la consommation du tabac. Malgré l'absence d'une étude concluante sur le lien entre la publicité des produits du tabac et leur usage, une preuve suffisante a été présentée au procès pour conclure que la Loi sert logiquement l'objectif de réduire l'usage des produits du tabac par la prohibition de la publicité et de la promotion. Les budgets de publicité considérables des compagnies de tabac démontrent en soi que la publicité aide non seulement à préserver la fidélité aux marques, mais aussi à accroître la consommation et à inciter les fumeurs à ne pas cesser de fumer. La préoccupation du gouvernement quant aux effets des produits du tabac sur la santé peut très raisonnablement s'étendre non seulement aux fumeurs potentiels, mais aussi aux fumeurs actuels qui voudraient cesser de fumer, mais qui ne le peuvent pas. Trois catégories d'éléments de preuve qui

introduced at trial strongly suggest that the tobacco companies perceive advertising to be a cornerstone of their strategy to reassure current smokers and expand the market by attracting new smokers, primarily among the young. The expert reports introduced at trial attest, at the very least, to the existence of a "body of opinion" supporting the existence of a causal connection between advertising and consumption. It is also significant that by 1990, over 40 countries had adopted measures to restrict or prohibit tobacco advertising.

For the reasons discussed throughout the s. 1 analysis, the legislative means chosen impair the right in question as little as possible, notwithstanding the fact that it imposes a complete prohibition on tobacco advertising and promotion rather than a partial one. The relevance of context is important in s. 1 balancing, particularly at the minimal impairment stage, because it does not require that the least intrusive measures be used but only that the measures employed were the least intrusive in light of both the legislative objective and the infringed right. The measures taken here to control tobacco products, given the legislative context and the fact that this profit-generated type of expression is far from the "core" of the freedom of expression, satisfied the *Oakes* minimal impairment requirement. While a complete prohibition on a type of expression is more difficult to justify than a partial prohibition, ample evidence was adduced at trial to demonstrate the government's decision that a full prohibition on advertising was justified and necessary. The measures were the product of an intensive 20-year period of experimenting with less intrusive measures with the cooperation of the provinces and expensive consultation with an array of national and international health groups. Over the course of this period the government adopted a variety of less intrusive measures before determining a full prohibition on advertising was necessary. Parallel developments in the international community have taken place. There has been overwhelming legislative and judicial acceptance of this type of prohibition by other democratic countries. Where governments have instituted partial prohibitions, tobacco companies have devised ingenious tactics to

auraient pu étayer l'existence de ce lien rationnel ont été écartées en première instance, savoir: les documents internes de commercialisation des produits du tabac, les rapports d'experts et les documents internationaux. Les documents de commercialisation internes déposés lors du procès donnent fortement à entendre que les compagnies de tabac perçoivent la publicité comme la pierre angulaire de leur stratégie visant à rassurer les fumeurs actuels et à étendre le marché en attirant de nouveaux fumeurs, principalement chez les jeunes. Les rapports d'experts attestent, à tout le moins, la présence d'un «corps d'opinions» appuyant l'existence d'un lien causal entre publicité et consommation. Il est également intéressant de constater qu'en 1990, plus de 40 pays avaient adopté des mesures visant à restreindre ou à interdire la publicité en faveur du tabac.

Pour les motifs exprimés tout au long de l'analyse fondée sur l'article premier, les moyens choisis par le législateur portent le moins possible atteinte au droit en question, malgré le fait qu'ils imposent une interdiction complète de la publicité et de la promotion des produits du tabac plutôt qu'une interdiction partielle. La pertinence du contexte dans une pondération en vertu de l'article premier est importante, particulièrement à l'étape du critère de l'atteinte minimale, car cette exigence n'oblige pas à prendre les mesures les moins attentatoires, mais seulement à ce que les mesures utilisées soient les moins attentatoires compte tenu tant de l'objectif législatif que du droit violé. Étant donné le contexte législatif et le fait que ce genre d'expression axé sur la réalisation de profits soit loin du «cœur» de la liberté d'expression, les mesures prises pour réglementer les produits du tabac satisfont à l'exigence de l'atteinte minimale énoncée dans *Oakes*. Bien qu'une interdiction totale d'un type d'expression soit plus difficile à justifier qu'une interdiction partielle, une preuve volumineuse a été déposée en première instance établissant que la décision du gouvernement d'établir une interdiction complète de la publicité était justifiable et nécessaire. Les mesures sont le résultat d'une période intensive de recherche sur des mesures moins attentatoires, qui s'est poursuivie pendant 20 ans, et a demandé la collaboration des provinces et de longues consultations auprès d'une multitude de groupes du domaine de la santé sur les plans tant national qu'international. Au cours de cette période, le gouvernement a adopté toute une gamme de mesures moins attentatoires avant de déterminer qu'il était nécessaire d'interdire complètement la publicité. Des développements parallèles sont survenus dans la communauté internationale. D'autres pays démocratiques ont donné une acceptation générale à ce type d'interdiction sur les plans tant législatifs que

circumvent them. International health organizations support this kind of prohibition.

A proportionality must exist between the deleterious and the salutary effects of the measures. The legislative objective of reducing the number of direct inducements for Canadians to consume these products outweighs the limitation on tobacco companies to advertise inherently dangerous products for profit.

While a legitimate concern was raised with respect to the effect of governmental claims to confidentiality in constitutional cases, the action of the government in these cases was not fatal. The evidence was overwhelming that the prohibition was a reasonable one.

Compelling the tobacco companies to place unattributed health messages on tobacco packages does not infringe their freedom of expression. These messages cannot be taken as being an opinion endorsed by the tobacco companies. They are rather a requirement imposed by government as a condition of participating in a legislated activity. Even if they may infringe a form of expression protected by s. 2(b), they were fully justifiable under s. 1. The warnings do nothing more than bring the dangerous nature of these products to the attention of the consumer. They have no political, social or religious content. Any concern arising from the tobacco companies' being prevented from printing on their packaging the opinion that tobacco products are not harmful, even if it is a technical infringement of their rights, was easily outweighed by the pressing health concerns raised by tobacco consumption, especially to children. The *Charter* does not require the elimination of "minuscule" constitutional burdens, and legislative action that increases the costs of exercising a right should not be invalidated if the burden is "trivial". Here, the only cost associated with the unattributed health warning requirement was a potential reduction in profits; manufacturers of dangerous products can reasonably be expected to bear this cost.

Disposition

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Sections 4, 8 and 9, and ss. 5 and 6

judiciaires. Dans les pays où les gouvernements ont imposé des interdictions partielles, les compagnies de tabac ont trouvé d'ingénieuses tactiques pour les contourner. Les organismes internationaux de la santé appuient ce genre d'interdiction.

Il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques des mesures. L'objet législatif de réduire le nombre d'incitations directes faites aux Canadiens de consommer ces produits l'emporte sur la restriction imposée aux compagnies de tabac de faire de la publicité, à des fins de profit, en faveur de produits intrinsèquement dangereux.

Bien qu'une préoccupation légitime ait été soulevée relativement à l'effet des demandes gouvernementales en matière de confidentialité dans les affaires constitutionnelles, l'activité gouvernementale en l'espèce n'était pas fatale. Il y a une preuve abondante que l'interdiction était raisonnable.

Forcer les compagnies de tabac à placer sur les emballages de produits du tabac des mises en garde non attribuées ne constitue pas une violation de leur liberté d'expression. Ces messages ne peuvent être considérés comme une opinion à laquelle souscrivent les compagnies de tabac. Il s'agit plutôt d'une exigence imposée par le gouvernement comme condition de la participation à une activité réglementée. Même s'ils peuvent porter atteinte à une forme d'expression protégée par l'al. 2b), ils étaient tout à fait justifiables au regard de l'article premier. Les mises en garde ne font rien de plus que d'attirer l'attention des consommateurs sur la nature dangereuse de ces produits. Elles n'ont aucun contenu politique, social ou religieux. Toute inquiétude engendrée par l'interdiction imposée aux compagnies de tabac d'imprimer sur leurs emballages leur opinion selon laquelle les produits du tabac ne sont pas dangereux, même s'il s'agit d'une violation de pure forme de leurs droits, ne fait pas le poids devant les préoccupations pour la santé, surtout des enfants, que fait surgir la consommation du tabac. La *Charte* n'exige pas l'élimination des «infimes» inconvénients affectant des droits constitutionnels, et une loi qui accroît le coût de l'exercice d'un droit ne doit pas être invalidée si l'inconvénient est «négligeable». En l'espèce, le seul coût lié à l'exigence d'une mise en garde non attribuée est une possible réduction des bénéfices; on peut raisonnablement s'attendre à ce que ce coût soit supporté par les fabricants de produits dangereux.

Dispositif

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major: Les articles 4, 8 et 9, et

which are not severable from them, are of no force or effect under s. 52 of the Constitution Act, 1982. Iacobucci J., while declaring the impugned legislation inoperable, would have made a suspensive declaration of invalidity of one year and Cory J., had he found the impugned legislation inoperable, would have agreed with Iacobucci J. in this respect.

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin and Major JJ.: Sections 4, 8 and 9 of the *Tobacco Products Control Act* constitute unjustified infringements on free expression and cannot be severed cleanly from other provisions dealing with promotion and trade mark usage, ss. 5 or 6. Sections 4, 5, 6, 8, and 9 are inconsistent with the *Charter* and hence are of no force or effect by reason of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Per Iacobucci J.: A suspensive declaration of invalidity of one year should be made. Immediately striking down the legislation would permit the tobacco companies the untrammelled ability to advertise until minimally impairing legislation is drafted; the suspensive veto would permit the government to design such legislation while the *status quo* remains in force.

Per Cory J.: If the impugned legislation were inoperable, agreement was expressed for the reasons of Iacobucci J. that a suspensive declaration of invalidity of one year be made.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084.

les art. 5 et 6 qui ne peuvent en être dissociés, sont inopérants en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982. Bien qu'il déclare les dispositions contestées inopérantes, le juge Iacobucci, aurait rendu un jugement déclaratoire suspendant l'invalidité pour un an, et le juge Cory, s'il avait conclu que les dispositions contestées étaient inopérantes, aurait été d'accord avec le juge Iacobucci sur ce point.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin et Major: Les articles 4, 8 et 9 de la Loi réglementant les produits du tabac constituent des atteintes injustifiées à la liberté d'expression et ne peuvent être nettement dissociés des autres dispositions qui traitent de promotion et d'usage des marques, les art. 5 ou 6. Les articles 4, 5, 6, 8 et 9 sont incompatibles avec la Charte et sont, de ce fait, inopérants en application de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982.

Le juge Iacobucci: Il y aurait lieu d'ordonner une suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité pour une période d'un an. L'annulation immédiate de la loi aurait pour effet de permettre aux compagnies de tabac de mener librement des campagnes publicitaires jusqu'à l'établissement d'une loi satisfaisant au critère de l'atteinte minimale; le veto suspensif permettrait au gouvernement de procéder à l'élaboration d'une telle loi et au statu quo de demeurer en vigueur.

Le juge Cory: Si les dispositions contestées étaient inopérantes, les motifs du juge Iacobucci concernant une suspension de l'effet de l'invalidité pour une période d'un an sont acceptés.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084.

By Iacobucci J.

Referred to: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

By Major J.

Referred to: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89.

By La Forest J. (dissenting)

R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Goodyear Tire and Rubber Co. v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Reference Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *Standard Sausage Co. v. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501, supplemented by addendum at [1934] 1 D.L.R. 706; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *R. v. Cosman's Furniture*

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89.

Citée par le juge La Forest (dissent)

R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Attorney-General for Ontario c. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Goodyear Tire and Rubber Co. c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Standard Sausage Co. c. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501, complété par des motifs additionnels publiés à [1934] 1 D.L.R. 706; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1

(1972) *Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 345; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368; *Campbell v. The Queen*, [1965] S.C.R. vii; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Dunagin v. City of Oxford, Mississippi*, 718 F.2d 738 (5th Cir. 1983) (*en banc*), cert. denied, 467 U.S. 1259 (1984); *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980); *Oklahoma Telecasters Ass'n v. Crisp*, 699 F.2d 490 (1983), rev'd on other grounds *sub nom. Capital Cities Cable, Inc. v. Crisp*, 467 U.S. 691 (1984); *Metromedia, Inc. v. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1992] 2 F.C. 130; *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425.

R.C.S. 914; *R. c. Cosman's Furniture (1972) Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 345; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Attorney-General for British Columbia c. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368; *Campbell c. The Queen*, [1965] R.C.S. vii; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Dunagin c. City of Oxford, Mississippi*, 718 F.2d 738 (5th Cir. 1983) (*en banc*), cert. refusé, 467 U.S. 1259 (1984); *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Central Hudson Gas & Electric Corp. c. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980); *Oklahoma Telecasters Ass'n c. Crisp*, 699 F.2d 490 (1983), inf. pour d'autres motifs *sub nom. Capital Cities Cable, Inc. c. Crisp*, 467 U.S. 691 (1984); *Metromedia, Inc. c. City of San Diego*, 453 U.S. 490 (1981); *Posadas de Puerto Rico Associates c. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Canadian Assn. of Regulated Importers c. Canada (Procureur général)*, [1992] 2 C.F. 130; *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425.

Statutes and Regulations Cited

- Act Respecting the Protection of Non-Smokers in Certain Public Places*, R.S.Q., c. P-38.01.
- Act to amend the Excise Act, the Customs Act and the Tobacco Sales to Young Persons Act*, S.C. 1994, c. 37.
- Act to Protect the Health of Non-smokers*, S.M. 1990, c. S125.
- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b).
- Constitution Act, 1867*, Preamble, ss. 91(27), 92(13), (16).
- Hazardous Products Act*, R.S.C., 1985, c. H-3, ss. 2 [rep. & sub., c. 24 (3rd. Supp.), s. 1], 4 [idem], 5 [idem], 15 [idem].
- Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 281.
- Minors Tobacco Act*, R.S.S. 1965, c. 381.
- Non-smokers' Health Act*, S.C. 1988, c. 21.
- Tobacco Access Act*, S.N.S. 1993, c. 14.
- Tobacco Control Act*, S.N. 1993, c. T-4.1.
- Tobacco Control Act, 1994*, S.O. 1994, c. 10.
- Tobacco Product Act*, R.S.B.C. 1979, c. 403 [am. S.B.C. 1992, c. 81].
- Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20, ss. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 17, 18, 19.
- Tobacco Products Control Regulations, amendment*, SOR/93-389, s. 11.
- Tobacco Sales Act*, S.N.B. 1993, c. T-6.1.
- Tobacco Sales to Minors Act*, S.P.E.I. 1991, c. 44.
- Tobacco Sales to Young Persons Act*, S.C. 1993, c. 5.

Authors Cited

- Canada. Health and Welfare Canada. *Canadian Initiatives in Smoking and Health*. Ottawa: 1983.
- Canada. Health and Welfare Canada. Health Protection Branch. Bureau of Chronic Disease Epidemiology. Surveillance & Risk Assessment Division. Report by Donald T. Wigle. *Illness and Death in Canada by Smoking: An Epidemiological Perspective*. Ottawa: 1989.
- Canada. Health and Welfare Canada. National Program to Reduce Tobacco Use. "Directional paper of the national program to reduce tobacco use in Canada".

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b).
- Loi constitutionnelle de 1867*, préambule, art. 91(27), 92(13), (16).
- Loi de 1994 sur la réglementation de l'usage du tabac*, L.O. 1994, ch. 10.
- Loi modifiant la Loi sur l'accise, la Loi sur les douanes et la Loi sur la vente du tabac aux jeunes*, L.C. 1994, ch. 37.
- Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20, art. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 17, 18, 19.
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39.
- Loi sur la protection de la santé des non-fumeurs*, L.M. 1990, ch. S125.
- Loi sur la protection des non-fumeurs dans certains lieux publics*, L.R.Q., ch. P-38.01.
- Loi sur la santé des non-fumeurs*, L.C. 1988, ch. 21.
- Loi sur la vente du tabac aux jeunes*, L.C. 1993, ch. 5.
- Loi sur les produits dangereux*, L.R.C. (1985), ch. H-3, art. 2 [abr. & rempl., ch. 24 (3^e suppl.), art. 1], 4 [idem], 5 [idem], 15 [idem].
- Loi sur les ventes de tabac*, L.N.-B. 1993, ch. T-6.1.
- Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 281.
- Minors Tobacco Act*, R.S.S. 1965, ch. 381.
- Règlement sur les produits du tabac — Modification*, DORS/93-389, art. 11.
- Tobacco Access Act*, S.N.S. 1993, ch. 14.
- Tobacco Control Act*, S.N. 1993, ch. T-4.1.
- Tobacco Product Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 403 [mod. S.B.C. 1992, ch. 81].
- Tobacco Sales to Minors Act*, S.P.E.I. 1991, ch. 44.

Doctrine citée

- Assemblée mondiale de la santé. Résolution de l'Assemblée Mondiale de la Santé WHA39.14. Mai 1986. WHA39/1986/REC/1, 14.
- Assemblée mondiale de la santé. Résolution de l'Assemblée Mondiale de la Santé WHA43.16. Mai 1990. WHA43/1990, 16.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales. *Rapport du Comité permanent de la santé, du bien-être social et des affaires sociales sur l'usage du tabac et de la cigarette*. Présenté par M. Gaston Isa-

- Appendix in *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*. Ottawa: 1987.
- Canada. Health and Welfare Canada. National Program to Reduce Tobacco Use. *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*. Ottawa: 1987.
- Canada. Health and Welfare Canada. Tobacco Products Unit. Report by Roberta G. Ferrence. *Trends in Tobacco Consumption in Canada, 1900-1987*. Ottawa: 1989.
- Canada. *House of Commons Debates*, vol. IX, 2nd Sess., 33rd Parl., November 23rd, 1987, p. 11042.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs. *Report of the Standing Committee on Health, Welfare and Social Affairs on Tobacco and Cigarette Smoking*. Presented by M. Gaston Isabelle, Chairman, Session 1969-70. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Chapman, Simon and Bill Fitzgerald. "Brand Preference and Advertising Recall in Adolescent Smokers: Some Implications for Health Promotion" (1982), *72 Am. J. Pub. Health* 491.
- Collinshaw, Neil E., Walter Tostowaryk and Donald T. Wigle. "Mortality Attributable to Tobacco Use in Canada" (1988), *79 Can. J. Pub. Health* 166.
- European Commission. *Official Journal of the European Communities*. Preparatory Acts. Amended proposal for a Council Directive on the authorized advertising of tobacco products in the press and by means of bills and posters. (90/C 116/05).
- European Commission. *Official Journal of the European Communities*. Preparatory Acts. Amended proposal for a Council Directive on advertising of tobacco products. (91/C 167/03).
- European Commission. *Official Journal of the European Communities*. Preparatory Acts. Amended proposal for a Council Directive on the approximation of Member States' laws, regulations and administrative provisions on advertising for tobacco products. (92/C 129/04).
- European Council. *Official Journal of the European Communities*. Council Directive of 3 October 1989. (89/552/EEC).
- European Council. *Official Journal of the European Communities*. Council Directive of 13 November 1989. (89/622/EEC). Amended by Council Directive of 15 May 1992. (92/41/EEC).
- Gorn, Gerald J. and Renée Florsheim. "The Effects of Commercials for Adult Products on Children" (1985), *11 J. Consumer Res.* 962.
- Hagan, John. "Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence
- belle, président, Session 1969-70. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 2^e sess., 33^e Lég., le 23 novembre 1987, p. 11042.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. Document d'orientation du programme national de lutte contre le tabagisme au Canada. Programme national de lutte contre le tabagisme. Annexe du *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*. Ottawa: 1987.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. Direction générale de la protection de la santé. Bureau de l'épidémiologie des maladies chroniques. Division de la surveillance et de l'évaluation des risques. Rapport par Donald T. Wigle. *Illness and Death in Canada by Smoking: An Epidemiological Perspective*. Ottawa: 1989.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. *Initiatives canadiennes en matière de santé et de lutte contre l'usage du tabac*. Ottawa: 1983.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. National Program to Reduce Tobacco. *National Program to Reduce Tobacco Use: Orientation Manuals & Historical Perspective*. Ottawa: 1987.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. Tobacco Products Unit. Rapport par Roberta G. Ferrence. *Trends in Tobacco Consumption in Canada 1900-1987*. Ottawa: 1989.
- Chapman, Simon and Bill Fitzgerald. «Brand Preference and Advertising Recall in Adolescent Smokers: Some Implications for Health Promotion» (1982), *72 Am. J. Pub. Health* 491.
- Collinshaw, Neil E., Walter Tostowaryk and Donald T. Wigle. «Mortality Attributable to Tobacco Use in Canada» (1988), *79 Can. J. Pub. Health* 166.
- Commission européenne. *Journal officiel des Communautés européennes*. Actes préparatoires. Proposition modifiée de directive du Conseil en matière de publicité autorisée par voie de presse et d'affiches en faveur des produits du tabac. (90/C 116/05).
- Commission européenne. *Journal officiel des Communautés européennes*. Actes préparatoires. Amended proposal for a Council Directive on advertising of tobacco products. (91/C 167/03).
- Commission européenne. *Journal officiel des Communautés européennes*. Actes préparatoires. Amended proposal for a Council Directive on the approximation of Member States' laws, regulations and administrative provision on advertising for tobacco products. (92/C 129/04).
- Conseil européen. *Journal officiel des Communautés européennes*. Directive du Conseil le 3 octobre 1989. (89/552/CEE).

- in Constitutional Litigation". In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 213.
- Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Imasco Ltd. *Annual Report 1992*. Montreal: Imasco Ltd., 1992.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. I: *A Behavioural Model of Smoking*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. II: *An Attitudinal Model of Smoking*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. III: *Product Issues*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Joossens, Luc. "Strategy of the Tobacco Industry Concerning Legislation on Tobacco Advertising in some Western European Countries". In *Proceedings of the 5th World Conference on Smoking and Health*. Winnipeg: Canadian Council on Smoking and Health, 1983, 549.
- Morgan, Brian G. "Proof of Facts in Charter Litigation". In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 159.
- New Zealand. Toxic Substances Board. *Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion*. Wellington: Publications Division, Government Printing Office, 1989.
- Rothschild, Michael L. *Advertising: From Fundamentals to Strategies*. Toronto: D. C. Heath, 1987.
- United Nations. Economic and Social Council. Resolution 1993/79. "Multisectoral collaboration on tobacco or health". Geneva, September 7, 1993. *Official Records of the Economic and Social Council, 1993, Supplement No. 1. (E/1993/93)*.
- United States of America. Department of Health and Human Services. *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General*. U.S. Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health. DHHS Publication No. (CDC) 89-8411, Pre-publication version, January 11, 1989.
- United States of America. Department of Health and Human Services. *The Health Consequences of Smoking — Nicotine Addiction — A report of the Surgeon General*. U.S. Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Health Promotion and Education, Office on Smoking and Health. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1988.
- Woolhandler, Ann. "Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts" (1988), 41 *Vand. L. Rev.* 111.
- Conseil européen. *Journal officiel des Communautés européennes*. Directive du Conseil le 13 Novembre 1989. (89/622/CEE). Modifiée par la directive du Conseil le 15 mai 1992 (92/41/CEE).
- Gorn, Gerald J. and Renée Florsheim. «The Effects of Commercials for Adult Products on Children», (1985), 11 *J. Consumer Res.*, 962.
- Hagan, John. «Can Social Science Save Us? The Problems and Prospects of Social Science Evidence in Constitutional Litigation». In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 213.
- Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Imasco Ltd. *Rapport annuel 1992*. Montréal: Imasco, 1992.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. I. *A Behavioural Model of Smoking*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. II. *An Attitudinal Model of Smoking*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Imperial Tobacco Ltd. *Project Viking*, vol. III. *Product Issues*. Montreal: Imperial Tobacco Ltd., 1986.
- Joossens, Luc. «Strategy of the Tobacco Industry Concerning Legislation on Tobacco Advertising in some Western European Countries». In *Proceedings of the 5th World Conference on Smoking and Health*. Winnipeg: Canadian Council on Smoking and Health, 1983, 549.
- Morgan, Brian G. «Proof of Facts in Charter Litigation». In Robert J. Sharpe, ed., *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 159.
- Nations Unies. Conseil économique et social. Résolution 1993/79. «Multisectoral collaboration on tobacco or health». Geneva, September 7, 1993. *Official Records of the Economic and Social Council, 1993, Supplement No. 1. (E/1993/93)*.
- New Zealand. Toxic Substances Board. *Health or Tobacco: An End to Tobacco Advertising and Promotion*. Wellington: Publications Division, Government Printing Office, 1989.
- Rothschild, Michael L. *Advertising: From Fundamentals to Strategies*. Toronto: D. C. Heath, 1987.
- United States of America. Department of Health and Human Services. *Reducing the Health Consequences of Smoking — 25 Years of Progress — A report of the Surgeon General*. U.S. Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion, Office on Smoking and Health. DHHS Publication No. (CDC) 89-8411, Pre-publication version, January 11, 1989.

World Health Assembly. World Health Assembly Resolution WHA39.14. May 1986. WHA39/1986/REC/1, 14.

World Health Assembly. World Health Assembly Resolution WHA43.16. May 1990. WHA43/1990, 16.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1993), 102 D.L.R. (4th) 289, [1993] R.J.Q. 375, 53 Q.A.C. 79, 48 C.P.R. (3d) 417, allowing appeals from judgments of Chabot J. (1991), 82 D.L.R. (4th) 449, [1991] R.J.Q. 2260, 37 C.P.R. (3d) 193, granting motions for declaratory judgment. Appeals allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. dissenting. The first constitutional question dealing with the legislative competence of Parliament to enact the legislation under the criminal law power or for the peace, order and good government of Canada should be answered in the positive. With respect to the second constitutional question, ss. 4 (re advertising), 8 (re trade mark use) and 9 (re unattributed health warnings) of the Act are inconsistent with the right of freedom of expression as set out in 2(b) of the *Charter* and do not constitute a reasonable limit on that right as can be demonstrably justified pursuant to s. 1 thereof. La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. would find that they constitute a reasonable limit. Given that ss. 5 (re retail displays) and 6 (re sponsorships) could not be cleanly severed from ss. 4, 8 and 9, all are of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Colin K. Irving, Georges R. Thibaudeau and Douglas Mitchell, for the appellant RJR-MacDonald Inc.

L. Yves Fortier, Q.C., Simon V. Potter, Lyndon A. J. Barnes and Gregory Bordan, for the appellant Imperial Tobacco Ltd.

Alain Gingras, for the mis-en-cause the Attorney General of Quebec.

United States of America. Department of Health and Human Services. *The Health Consequences of Smoking — Nicotine Addiction — A report of the Surgeon General*. U.S. Department of Health and Human Services, Public Health Service, Centers for Disease Control, Center for Health Promotion and Education, Office on Smoking and Health. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1988.

Woolhandler, Ann. «Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts» (1988), 41 *Vand. L. Rev.* 111.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 375, (1993), 102 D.L.R. (4th) 289, 53 Q.A.C. 79, 48 C.P.R. (3d) 417, qui a accueilli des appels contre des décisions du juge Chabot, [1991] R.J.Q. 2260, (1991), 82 D.L.R. (4th) 449, 37 C.P.R. (3d) 193, qui avait accordé des requêtes en jugement déclaratoire. Pourvois accueillis, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont dissidents. La première question constitutionnelle sur la compétence du Parlement de légiférer en matière de droit criminel ou pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada reçoit une réponse positive. Pour ce qui est de la seconde question constitutionnelle, les art. 4 (la publicité), 8 (les marques) et 9 (les messages non attribués relatifs à la santé) de la Loi sont incompatibles avec le droit à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la *Charte* et n'apportent pas une limite raisonnable à l'exercice de ce droit, dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory sont d'avis qu'ils apportent une limite raisonnable. Vu que les art. 5 (commerce au détail) et 6 (parrainage) ne peuvent pas nettement être distingués des art. 4, 8 et 9, ils sont tous inopérants aux termes de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Colin K. Irving, Georges R. Thibaudeau et Douglas Mitchell, pour l'appelante RJR-MacDonald Inc.

L. Yves Fortier, c.r., Simon V. Potter, Lyndon A. J. Barnes et Gregory Bordan, pour l'appelante Imperial Tobacco Ltd.

Alain Gingras, pour le mis en cause le procureur général du Québec.

Claude Joyal, James Mabbutt, Q.C., Paul Évraire, Q.C., Yves Lebœuf and Johanne Poirier, for the respondent.

Tanya Lee, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Robert W. Cosman, Karl Delwaide and Richard B. Swan, for the interveners the Heart and Stroke Foundation of Canada, the Canadian Cancer Society, the Canadian Council on Smoking and Health, the Canadian Medical Association, and the Canadian Lung Association.

The following are the reasons delivered by

¹ LAMER C.J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues. I am in agreement with the reasons of my colleague, Justice Iacobucci, but agree with my colleague, Justice McLachlin, as to the disposition.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

² LA FOREST J. (dissenting) — The issues in these appeals are whether the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20 (the "Act"), falls within the legislative competence of the Parliament of Canada under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, either as criminal law or under the peace, order and good government clause, and if so whether it constitutes an infringement of freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which is not justified under s. 1 of the *Charter*. In broad terms, the Act prohibits, subject to specified exceptions, all advertising and promotion of tobacco products, and prohibits the sale of a tobacco product unless the package containing it sets forth prescribed health warnings and a list of the toxic constituents of the product and of the smoke produced from its combustion.

³ These proceedings began with two separate motions for declaratory judgments before the Quebec Superior Court. The appellant RJR - MacDonald Inc. ("RJR") seeks a declaration that the Act is wholly *ultra vires* the Parliament of Canada and

Claude Joyal, James Mabbutt, c.r., Paul Évraire, c.r., Yves Lebœuf et Johanne Poirier, pour l'intimé.

Tanya Lee, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Robert W. Cosman, Karl Delwaide et Richard B. Swan, pour les intervenants la Fondation des maladies du cœur du Canada, la Société canadienne du cancer, le Conseil canadien sur le tabagisme et la santé, l'Association médicale canadienne et l'Association pulmonaire du Canada.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues. Je suis d'accord avec les motifs de mon collègue, le juge Iacobucci, mais je souscris au dispositif de ma collègue, le juge McLachlin.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — Les présents pourvois visent à déterminer si la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20 (la «Loi»), relève de la compétence du Parlement du Canada, conférée par l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de légiférer en matière de droit criminel ou pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement et, dans l'affirmative, si cette loi constitue une violation de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. En termes généraux, la Loi interdit, sous réserve de certaines exceptions, toute publicité et promotion en faveur des produits du tabac ainsi que la vente de ces produits, sauf si leur emballage porte les mises en garde réglementaires ainsi qu'une liste des substances toxiques que le produit contient et qui sont dégagées par sa combustion.

La présente instance a commencé par deux requêtes distinctes en jugement déclaratoire devant la Cour supérieure du Québec. L'appelante RJR-MacDonald Inc. («RJR») demande que la Loi soit déclarée complètement *ultra vires* du Parlement du

Indexed as:

**Roach v. Canada (Minister of State for Multiculturalism and
Citizenship) (C.A.)**

Charles C. Roach (Appellant)

v.

**The Minister of State for Multiculturalism and Citizenship
(Respondent)**

[1994] 2 F.C. 406

[1994] F.C.J. No. 33

Court File No. A-249-92

Federal Court of Canada - Court of Appeal

MacGuigan, Linden and McDonald, J.J.A.

Heard: Toronto, November 4, 1993.

Judgment: Ottawa, January 20, 1994.

Citizenship and Immigration -- Status in Canada -- Citizens -- Appeal from decisions under R. 419 striking out declaration as disclosing no reasonable cause of action -- Appellant seeking Canadian citizenship but unwilling to swear allegiance to Queen because of republican views -- Whether oath of allegiance in Citizenship Act unconstitutional -- Nature of oath explained -- Taking of oath not coercive burden infringing appellant's Charter rights -- Comparison between citizens by birth and non-citizens seeking citizenship through naturalization meaningless -- Plain and obvious appellant having no chance of success at trial.

Constitutional law -- Charter of Rights -- Appellant alleging violation of Charter rights based on requirement in citizenship application to take oath or make affirmation of allegiance to Queen -- Oath of allegiance binding so long as Constitution unamended -- Not diminishing exercise of fundamental freedoms in Charter, s. 2(b), (c), (d) -- Appellant having no chance of success at trial -- Constitution ultimate criterion measuring laws, actions, discriminatory burdens.

This was an appeal from the judgment of Joyal J. sustaining the decision of Giles A.S.P. under Rule 419 striking out the appellant's declaration on the ground that it disclosed no reasonable cause of action. The appellant, a Toronto lawyer born in Trinidad and Tobago who has been a permanent resident of Canada and British subject for more than 34 years, applied for Canadian citizenship but, because of his republican views, he was unwilling to swear allegiance to the Queen, which is required as part of the oath-taking ceremony. He alleged that being required to take an oath or make an affirmation of allegiance to the Queen was a violation of his Charter rights. For that reason, he sought a declaration that he was entitled to a grant of citizenship without having to take the oath or affirmation of citizenship in its present form. The Trial Judge held that the oath or affirmation was to the Queen as Head of State, that the requirement for such oath or affirmation could not be challenged on Charter grounds and that the appellant's remedy lay in the political realm. The issue in this appeal was whether the oath of allegiance to the Queen contained in the Citizenship Act could be considered as a violation of the appellant's constitutional rights under the Charter.

Held (Linden J.A. dissenting in part), the appeal should be dismissed.

Per MacGuigan J.A.: An oath is a solemn declaration before God or on something sacred that a statement is true; an affirmation fills the same role for those who do not wish to take an oath. The oath of allegiance to the Queen as Head of State for Canada is binding in the same way as the rest of the Constitution of Canada so long as the Constitution is unamended in that respect. Given that the appellant did not advocate revolutionary change, that is change contrary to the Constitution itself, his freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association under section 2 of the Charter could not be limited by the oath of allegiance which in no way diminishes the exercise of those freedoms. It was "plain and obvious" and "beyond doubt" that the appellant would have no chance of success at trial in that regard. In arguing that the process to obtain citizenship requires from non-citizens an oath of allegiance to the Queen, which Canadian citizens by birth are not required to take, the appellant made a meaningless comparison of groups. Birth-citizens are not required to take an oath of allegiance because they need not submit to a process to obtain the citizenship they already have. Oaths or affirmations express a solemn intention to adhere to the symbolic keystone of the Canadian Constitution, thus pledging an acceptance of the whole of our Constitution and national life. The appellant could hardly complain that, in order to become a Canadian citizen, he had to express agreement with the fundamental structure of our country. The Constitution is itself the ultimate criterion by which all laws, actions and discriminatory burdens are measured.

Per Linden J.A. (dissenting in part): One of the main reasons behind the high threshold for striking out a statement of claim (or declaration) as disclosing no reasonable cause of action is to prevent a court from embarking on a resolution of factual issues raised in a case in the absence of any evidence. It is only in the most obvious cases that the opportunity to present evidence and full legal argument should be denied a litigant. With respect to both freedom of conscience and freedom of religion, the appellant had to show that the burden imposed on him by the oath was more than trivial or insubstantial. The appellant has not raised a plausible argument about the imposition of a coercive burden on his conscientiously-held views which bridle at swearing an oath to anyone but a Supreme Being. His real objection was not to the method of oath making but to its content. His claim under paragraph 2(a) of the Charter regarding freedom of conscience should therefore be struck out. Similarly, his allegation that the oath of citizenship restricts his freedom of religion since the Queen is the "Head of the Anglican Church" must be struck out. The oath requires no statement of allegiance to Anglicanism nor to the Queen in relation to her role in the Church of England. The appellant's claim with respect to effects on his freedom of religion did not disclose a burden which is more than trivial or insubstantial. The relationship between an oath of allegiance to the Queen in her capacity of Head of State and the appellant's religious practice and beliefs was too remote. Although freedom of thought, belief and opinion in paragraph 2(b) of the Charter is distinct from freedom of conscience, much of the same analysis could be applied to these freedoms: there must be some coercive burden flowing out of the impugned law. Given that, nowadays, freedom to criticize the monarchy and other Canadian institutions is guaranteed by the Charter and that, by taking this oath, the appellant might feel inhibited to some extent in his anti-monarchy activities, his claim with respect to freedom of thought should not be struck out. While there was no evidence to suggest that the purpose of the oath or affirmation of citizenship is to curtail freedom of expression, strict adherence to the oath or affirmation of loyalty to the Queen might be felt by the appellant to prevent him from expressing his republicanism, even though it might not in law actually do so. The appellant's claim that the oath or affirmation abridges his freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter should, therefore, not be struck out. Freedom of peaceful assembly was geared toward protecting the physical gathering together of people and was not intended to protect the objects of an assembly that is organized to foster freedom of thought, belief, opinion or expression, or freedom of association, for that would be protected independently. The portion of the appellant's declaration relating to freedom of peaceful assembly should, therefore, be struck out. With respect to freedom of association under paragraph 2(d) of the Charter, it could not be said at this stage that the appellant, given the opportunity to adduce evidence and arguments, could not succeed on that point and, therefore, this portion of the declaration should not be struck out. The standard for cruel and unusual treatment under section 12 of the Charter is whether the treatment outrages standards of decency. The consequences to the appellant of not swearing the oath or making the affirmation could not be said to outrage standards of decency and therefore, this portion of the declaration should be struck out.

The appellant's claim that the oath or affirmation is contrary to subsection 15(1) of the Charter could be justified by the fact that a permanent resident desiring to become a naturalized citizen is required to take the oath while people who are Canadian citizens by birth are not. Non-citizens would be denied equality under the law in that the Citizenship Act appears to draw a distinction between two groups, namely people who attain citizenship automatically by birth and people who must apply for citizenship. In addition to the differential treatment, the appellant would have to demonstrate at trial that any inequality under the law is discriminatory. The appellant's claim under section 27 of the Charter should also be struck out as that provision is merely an aid to interpretation and not a substantial provision that can be violated.

Statutes and Regulations Judicially Considered

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2, 12, 15(1), 27.
 Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 2, 5 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 44, s. 1), 10, 12(3), 24.
 Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400.
 Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 101.
 Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 41(a), 52.
 Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 131 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 17).
 Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

Cases Judicially Considered

Applied:

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 142; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989], 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

Considered:

R. v. Swain, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81;
 Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al., [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304;
 Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al., [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1;
 Hunt v. Carey Canada Inc., [1990] 2 S.C.R. 959;
 Benner v. Canada (Secretary of State), [1994] 1 F.C. 250; (1993), 155 N.R. 321 (C.A.);
 R. v. Bannerman (1966), 55 W.W.R. 257; 48 C.R. 110 (Man. C.A.);
 R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1;
 R. v. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239;
 Schachtschneider v. Canada, [1994] 1 F.C. 40; (1993), 154 N.R. 321 (C.A.);
 United States v. Schwimmer, 279 U.S. 644 (1929);
 Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167;
 West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943);
 Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99.

Referred to:

Omychund v. Barker (1744), 26 E.R. 15;
 R. v. Khan, [1990] 2 S.C.R. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353;
 R. v. B. (K.G.), [1993] 1 S.C.R. 740;
 R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al., [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81;
 Schneiderman v. United States, 320 U.S. 118 (1943);
 R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697; (1990), 114 A.R. 81; [1991] 2 W.W.R. 1; 77 Alta. L.R. (2d) 193; 61 C.C.C. (3d) 1; 3 C.P.R. (2d) 193; 1 C.R. (4th) 129; 117 N.R. 284;
 R. v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452;
 R. v. Smith (Edward Dewey), [1987] 1 S.C.R. 1045; (1987), 40 D.L.R. (4th) 435; [1987] 5 W.W.R. 1; 15 B.C.L.R. (2d) 273; 34 C.C.C. (3d) 97; 58 C.R. (3d) 193; 31 C.R.R. 193; 75 N.R. 321;

Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161;
 R. v. Turpin, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115;
 Symes v. Canada, [1993] 4 S.C.R. 695;
 Brooks v. Canada Safeway Ltd., [1989] 1 S.C.R. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193; 58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 45 C.R.R. 115; 94 N.R. 373;
 Janzen v. Platy Enterprises Ltd., [1989] 1 S.C.R. 1252; (1989), 59 D.L.R. (4th) 352; [1989] 4 W.W.R. 39; 58 Man. R. (2d) 1; 25 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6205; 89 CLLC 17,011; 47 C.R.R. 274;
 Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario, [1990] 2 S.C.R. 232; (1990), 111 N.R. 161;
 Osborne v. Canada (Treasury Board), [1991] 2 S.C.R. 69; (1991), 82 D.L.R. (4th) 321; 37 C.C.E.L. 195; 91 CLLC 14,026; 125 N.R. 241;
 R. v. Seaboyer; R. v. Gayme, [1991] 2 S.C.R. 577; (1991), 7 C.R. (4th) 117; 128 N.R. 81;
 Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1;
 Rodriguez v. British Columbia (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; 158 N.R. 1;
 R. v. Seaboyer (1987), 61 O.R. (2d) 290 (C.A.);
 R. v. Chief, [1990] N.W.T.R. 55; [1990] 1 W.W.R. 193; (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 358; 51 C.C.C. (3d) 265; [1990] 1 C.N.L.R. 92; 74 C.R. (3d) 57; 44 C.R.R. 122 (Y.T.C.A.).

Authors Cited

Abella, Irving M. *A Coat of Many Colours: Two Centuries of Jewish Life in Canada*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1990.
 Canada. Prime Minister. *The Constitution and the People of Canada*. Ottawa: Government of Canada, 1969.
 Gochnauer, M. "Oaths, Witnesses and Modern Law" (1991), 4 Can. J. Law & Jur. 67.
 Levinson, Sanford. "Constituting Communities Through Words That Bind: Reflections on Loyalty Oaths" (1986), 84 Mich. L. Rev. 1440.
 MacKinnon, Frank. *The Crown in Canada*. Calgary: Glenbow-Alberta Institute, 1976.
 Morton, Frederic. *The Rothschilds: A Family Portrait*. New York: Atheneum, 1962.

APPEAL from Trial Division decision ([1992] 2 F.C. 173; (1992), 53 F.T.R. 241 (T.D.)) sustaining decision of Associate Senior Prothonotary striking out the appellant's declaration under Rule 419 on the ground that it disclosed no reasonable cause of action. Appeal dismissed.

Counsel:

Charles C. Roach on his own behalf.
 Bonnie J. Boucher for respondent.

Solicitors:

Charles C. Roach, Toronto, on his own behalf.
 Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

- 1 **MACGUIGAN J.A.**:-- In my view, Joyal J. as Trial Judge [[1992] 2 F.C. 173] and, before him, Giles A.S.P. were right in striking out the whole of the appellant's declaration under Rule 419 [Federal Court Rules, C.R.C., c. 663] on the ground that it disclosed no reasonable cause of action.
- 2 I have had the opportunity of reading the reasons for judgment of my brother Linden and I am in agreement with his explanation of the legislation, of the test for disclosing no reasonable cause of action, and of the nature of an oath, and with his striking out the appellant's claim with respect both to cruel and unusual treatment or punishment (section 12 of the Charter) [Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B,

26 The motion to strike was heard before the Associate Senior Prothonotary who granted the motion "without prejudice to the plaintiff's right to file a claim or declaration outlining a complete cause of action devoid of irrelevant material within the jurisdiction of the Court" (see page 22, Case). Costs of the motion were awarded against the appellant in any event of the cause.

27 The appellant appealed to the Trial Division, where his appeal was dismissed. Mr. Justice Joyal stated that, in Canada, the Queen is equivalent to "State" or "Crown" and that the oath or affirmation of citizenship requires an oath or affirmation to this country's Head of State. He held that it was not constitutionally significant that our Head of State is a monarch and an Anglican. Further, the appellant was free to make an affirmation if to make an oath was contrary to his conscience.

28 Mr. Justice Joyal concluded as follows [at page 179]:

The appellant must be aware that Canada is a secular state and although many of its laws reflect religious tradition, culture and values, they are nonetheless secular or positivistic in nature. To grant exemptions of the kind claimed by the appellant would be to permit the imposition of private beliefs, religious or otherwise, on laws of general application, a condition which would be in contradiction with the principles of a secular state.

Mr. Justice Joyal stated that, in his view, the oath or affirmation could not be challenged on Charter grounds, and indicated that the appellant's remedy lay in the political realm. He dismissed the appeal with costs.

THE TEST FOR DISCLOSING NO REASONABLE CAUSE OF ACTION

29 The governing test for dismissing an action or striking out a claim as disclosing no reasonable cause of action is a difficult one to meet. Our Courts are rightly reluctant to snuff out potentially meritorious actions prematurely. We try to err on the side of giving each person a day in court, striking out claims only in the plainest and most obvious cases. As Mr. Justice Estey wrote for the Supreme Court of Canada in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at page 740:

On a motion such as this a court should, of course, dismiss the action or strike out any claim made by the plaintiff only in plain and obvious cases and where the court is satisfied that "the case is beyond doubt". [Emphasis added.]

30 This standard was adopted by the Supreme Court of Canada in the context of a Charter claim in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441. Madam Justice Wilson, in concurring reasons, stated, at page 486:

The law then would appear to be clear. The facts pleaded are to be taken as proved. When so taken, the question is do they disclose a reasonable cause of action, i.e. a cause of action "with some chance of success". [Emphasis added.]

The majority in *Operation Dismantle*, supra, led by Chief Justice Dickson, cited *Inuit Tapirisat*, supra, and then quoted the concurring reasons of Madam Justice Wilson with approval.

31 In *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, Madam Justice Wilson did an extensive survey of the law on striking out claims for disclosing no reasonable cause of action. She concluded, writing for the Court, at page 980:

[A]ssuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it "plain and obvious" that the plaintiff's statement of claim discloses no reasonable cause of action? As in England, if there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be "driven from the judgment seat". [Emphasis added.]

Consequently, if it is "plain and obvious" or "beyond doubt" that the appellant cannot succeed, the declaration should be struck out, but if there is "some chance of success" or "a chance that the plaintiff might succeed", the action should be allowed to proceed to trial.

32 A document such as a statement of claim or, as in this case, a declaration does not contain the evidence required to prove the facts that the plaintiff alleges. The facts alleged may or may not be proven at the trial—that is, it may or may

not be shown that the appellant holds the views he alleges he holds and it may or may not be shown that the potential negative consequences will actually transpire. One of the driving reasons behind the high threshold for striking out a statement of claim for disclosing no reasonable cause of action is to prevent a court from embarking on a resolution of factual issues raised in a case in the absence of any evidence. The danger of such a course is obvious: there is an inadequate record upon which to make the factual determinations necessary to the disposition of a case. Further, a statement of claim contains only a skeleton of a legal argument, which will be fleshed out in submissions before the trial Court. It is only in the most obvious of cases, therefore, that the opportunity to present evidence and full legal argument should be denied a litigant.

33 In applying this standard to the appellant's declaration, it should be borne in mind that these reasons are not in any way relevant to whether the appellant's action will or should succeed at trial; they are limited only to a consideration of whether he might succeed at trial. Consequently, these reasons must not be read as expressing any views, one way or the other, on the ultimate merits of any of the appellant's allegations.

THE APPELLANT'S CLAIM

34 The appellant's declaration alleges that the oath of citizenship is contrary to several sections of the Charter, including paragraphs 2(a), 2(b), 2(c), 2(d), section 12, and subsection 15(1). The appellant also claims that these Charter rights should be interpreted in accordance with section 27, which encourages the preservation and enhancement of the multi-cultural heritage of Canadians. I will deal with each of the appellant's arguments in turn.

35 It should be noted that the appellant has not distinguished in his declaration between taking an oath and making an affirmation. The religious character of taking an oath is not an issue for the appellant and this is rightly so given the availability of the affirmation. In other words, the form of the oath is not in issue, only its content. The appellant is objecting to making any commitment of loyalty or allegiance to Her Majesty the Queen that is binding on his conscience, whether that commitment be evinced by way of oath or affirmation. Therefore, the word "oath" as used in the declaration should be read as referring to both an oath and an affirmation.

THE NATURE OF AN OATH

36 Through an oath or affirmation, a person attests that he or she is bound in conscience to perform an act or to hold to an ideal faithfully and truly. An oath "relies on the individual's inner sense of personal worth and what is right". It engages the "will and conscience of the taker of the oath." (See Gochnauer, *Oaths, Witnesses and Modern Law* (1991), 4 Can. J. Law & Jur. 67, at pages 71-73.) In the past it invariably invoked the aid of the Supreme Being as "rewarder of truth" and as "avenger of falsehood." (See *Omychund v. Barker* (1744), 26 E.R. 15, at page 32).

37 Nowadays, however, simple affirmations are generally accepted. Being allowed to affirm instead of swearing an oath was a major human rights achievement for our society. Minority religious groups in the past were denied rights because of their inability or unwillingness to swear the oath. For example, Professor Irving Abella in his fascinating book, *A Coat of Many Colours*, (1990), at page 20, tells how Ezekiel Hart, a person of the Jewish faith, ran and won an election as member of the Legislative Assembly of Quebec for Three Rivers in 1807. However, because he took the oath on the Old Testament with his head covered, rather than on the New Testament, he was barred from taking his seat and was replaced by the runner-up in the election. Hart ran and was elected again in 1808 and, though this time he indicated a willingness to swear the oath on the New Testament, he was again denied his seat on the basis that he would not be bound by such an oath and that he would "thereby profane the Christian religion". It was not until 1832 that Jewish people won the right to hold elected office in Quebec. The situation was worse in England, where it took 26 more years for Jews to be able to hold elected office. A similar sorry saga had to be enacted by Lionel de Rothschild, who had to be elected six times between 1847 and 1858 in the city of London before he was finally allowed to take his seat in the House of Commons, after swearing the oath on the Old Testament according to the Jewish tradition with his head covered. (See Morton, *The Rothschilds: A Family Portrait*, (1962), at page 163.) This problem, fortunately, no longer shames us.

38 We require oaths or affirmations as a method of binding the conscience in various circumstances such as testifying in Court, being admitted as a member of the Bar, as a Member of Parliament, on entering the Public Service, and, of course, there is also the oath of citizenship which is at issue in this appeal. These are all circumstances in which we seek to ensure certain paramount goals such as fidelity to the truth or loyalty to the country. As I stated in *Benner v. Canada* (Secretary of State), [1994] 1 F.C. 250 (C.A.), at page 281:

Swearing an oath as a prerequisite to citizenship is a common practice followed in many countries. It is, in essence, a simple inquiry as to whether an individual is committed to the country and shares the basic principles or ideals upon which the country was founded.

This view was dramatically proclaimed in the American context, by Justice Felix Frankfurter (see, Levinson, *Constituting Communities Through Words That Bind: Reflections on Loyalty Oaths* (1986), 84 Mich. L. Rev. 1440, at page 1441):

American citizenship implies entering upon a fellowship which binds people together by devotion to certain feelings and ideas and ideals summarized as a requirement that they be attached to the principles of the Constitution.

39 There is some jurisprudence on the relationship between oaths and the conscience of the oath-taker in the context of swearing to tell the truth in court proceedings. For example, in *R. v. Bannerman* (1966), 55 W.W.R. 257 (Man. C.A.), at page 284, Dickson J. (as he then was) stated that the "object of the law in requiring an oath is to get at the truth relative to matters in dispute by getting a hold on the conscience of the witness." This fundamental relationship between the oath and the swearer's conscience has been reiterated in several Supreme Court decisions (see, for example, *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740).

40 Criminal sanctions may even follow when persons who swear to tell the truth perjure themselves (see Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, section 131 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 17]). In addition, a person's citizenship may be forfeited if someone obtains it "by false representation or fraud or knowingly concealing material circumstances" (see section 10, Citizenship Act, supra).

41 It can be seen that an oath or affirmation is a solemn matter whose function in our society is to secure important goals such as truth, justice, good government and national security. As Gochnauer, supra, at page 99, has explained:

As far back as we can trace the oath, it performs the social function of publicly committing the speaker to something in the strongest possible way. In the extremity of the undertaking it is equalled only by vows.

The appellant's declaration alleges that he adheres to this view of the oath. He states in paragraph 16: "The appellant believes that a public oath is the most solemn rite and that its terms must be faithfully observed."

42 An oath or affirmation, therefore, is not a matter to be taken lightly; when, for reasons of conscience, a person feels he or she cannot swear a certain oath or make a certain affirmation, one must carefully consider that position, for it shows that that person takes the oath seriously, something we wish to support.

THE FUNDAMENTAL FREEDOMS

43 The appellant contends that his fundamental freedoms will be violated if he is made to take the oath of loyalty to the Queen. Section 2 of the Charter protects what are referred to as fundamental freedoms:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

- (a) freedom of conscience and religion;
- (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
- (c) freedom of peaceful assembly; and
- (d) freedom of association.

The appellant contends that each of these provisions are applicable in his case. I shall deal with them in turn.

(a) Freedom of conscience and religion

44 The appellant's first claim is that the citizenship oath in its present form violates his freedom of conscience under paragraph 2(a) since it is against his "conscience to make oaths to all but the Supreme Being and to principles such as truth, freedom, equality, justice and the rule of law." The appellant also claims that the oath or affirmation in its present form violates his freedom of religion under paragraph 2(a) inasmuch as the Queen is the "Head of the Anglican Church and the [appellant] is not of the Anglican faith."

Richard Sauvé *Appellant*

v.

The Attorney General of Canada, the Chief Electoral Officer of Canada and the Solicitor General of Canada *Respondents*

and between

Sheldon McCorrister, Chairman, Lloyd Knezacek, Vice Chairman, on their own behalf and on behalf of the Stony Mountain Institution Inmate Welfare Committee, and Clair Woodhouse, Chairman, Aaron Spence, Vice Chairman, on their own behalf and on behalf of the Native Brotherhood Organization of Stony Mountain Institution, and Serge Bélanger, Emile A. Bear and Randy Opoonechaw *Appellants*

v.

The Attorney General of Canada *Respondent*

and

The Attorney General for Alberta, the Attorney General of Manitoba, the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, the John Howard Society of Canada, the British Columbia Civil Liberties Association, the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. and the Canadian Bar Association *Interveners*

INDEXED AS: SAUVÉ v. CANADA (CHIEF ELECTORAL OFFICER)

Neutral citation: 2002 SCC 68.

File No.: 27677.

2001: December 10; 2002: October 31.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

Richard Sauvé *Appelant*

c.

Le procureur général du Canada, le Directeur général des élections du Canada et le Solliciteur général du Canada *Intimés*

et entre

Sheldon McCorrister, Président, Lloyd Knezacek, Vice-président, en leur propre nom et au nom du Comité chargé du bien-être des détenus de l'Établissement de Stony Mountain, et Clair Woodhouse, Président, Aaron Spence, Vice-président, en leur nom et au nom de la Fraternité des autochtones de l'Établissement de Stony Mountain, et Serge Bélanger, Emile A. Bear et Randy Opoonechaw *Appellants*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Le procureur général de l'Alberta, le procureur général du Manitoba, l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry, la Société John Howard du Canada, la British Columbia Civil Liberties Association, l'Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. et l'Association du Barreau canadien *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SAUVÉ c. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL DES ÉLECTIONS)

Référence neutre : 2002 CSC 68.

N° du greffe : 27677.

2001 : 10 décembre; 2002 : 31 octobre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Crown conceding that provision infringes right to vote — Whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Whether provision infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

Elections — Disqualifications of electors — Prisoners — Canada Elections Act provision disqualifying persons imprisoned in correctional institution serving sentences of two years or more from voting in federal elections — Whether provision constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3, 15(1) — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, s. 51(e).

Section 51(e) of the *Canada Elections Act* denies the right to vote to “[e]very person who is imprisoned in a correctional institution serving a sentence of two years or more.” The constitutionality of s. 51(e) was challenged on the grounds that it contravenes ss. 3 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not demonstrably justified under s. 1. In the Federal Court, Trial Division, the Crown conceded that s. 51(e) infringes the right to vote guaranteed by s. 3 of the *Charter* and the trial judge found that the infringement was not justified under s. 1 of the *Charter*. The majority of the Federal Court of Appeal set aside the decision and upheld the constitutionality of s. 51(e). The court held that the infringement of s. 3 was justifiable in a free and democratic society and that s. 51(e) did not infringe the equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*.

Held (L’Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: To justify the infringement of a *Charter*

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — Ministère public reconnaissant que la disposition porte atteinte au droit de vote — L’atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3 — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — La disposition porte-t-elle atteinte aux droits à l’égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

Élections — Personnes inhabiles à voter — Prisonniers — Disposition de la Loi électorale du Canada rendant inhabiles à voter à une élection fédérale les personnes détenues dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus — La disposition est-elle constitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3, 15(1) — Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e).

L’alinéa 51e) de la *Loi électorale du Canada* interdit à « toute personne détenue dans un établissement correctionnel et y purgeant une peine de deux ans ou plus » de voter. La constitutionnalité de l’al. 51e) est contestée au motif qu’il va à l’encontre de l’art. 3 et du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que sa justification ne peut se démontrer au regard de l’article premier. Devant la Cour fédérale, Section de première instance, le ministère public reconnaît que l’al. 51e) porte atteinte au droit de vote garanti par l’art. 3 de la *Charte* et le juge de première instance statue que l’atteinte n’est pas justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. La Cour fédérale, à la majorité, annule la décision et confirme la constitutionnalité de l’al. 51e). Elle conclut que la violation de l’art. 3 peut se justifier dans une société libre et démocratique et que l’al. 51e) ne porte pas atteinte aux droits à l’égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*.

Arrêt (les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel : Pour justifier l’atteinte portée

right under s. 1, the government must show that the infringement achieves a constitutionally valid purpose or objective, and that the chosen means are reasonable and demonstrably justified. The government's argument that denying the right to vote to penitentiary inmates requires deference because it is a matter of social and political philosophy is rejected. While deference may be appropriate on a decision involving competing social and political policies, it is not appropriate on a decision to limit fundamental rights. The right to vote is fundamental to our democracy and the rule of law and cannot be lightly set aside. Limits on it require not deference, but careful examination. The framers of the *Charter* signaled the special importance of this right not only by its broad, untrammelled language, but by exempting it from legislative override under s. 33's notwithstanding clause. The argument that the philosophically-based or symbolic nature of the objectives in itself commands deference is also rejected. Parliament cannot use lofty objectives to shield legislation from *Charter* scrutiny. Here, s. 51(e) is not justified under s. 1 of the *Charter*.

The government has failed to identify particular problems that require denying the right to vote, making it hard to conclude that the denial is directed at a pressing and substantial purpose. In the absence of a specific problem, the government asserts two broad objectives for s. 51(e): (1) to enhance civic responsibility and respect for the rule of law; and (2) to provide additional punishment or "enhance the general purposes of the criminal sanction". Vague and symbolic objectives, however, make the justification analysis difficult. The first objective could be asserted of virtually every criminal law and many non-criminal measures. Concerning the second objective, nothing in the record discloses precisely why Parliament felt that more punishment was required for this particular class of prisoner, or what additional objectives Parliament hoped to achieve by this punishment that were not accomplished by the sentences already imposed. Nevertheless, rather than dismissing the government's objectives outright, prudence suggests that we proceed to the proportionality inquiry.

Section 51(e) does not meet the proportionality test. In particular, the government fails to establish a rational connection between s. 51(e)'s denial of the right to vote and its stated objectives. With respect to the first objective of promoting civic responsibility and respect for the law, denying penitentiary inmates the right to vote is more

à un droit garanti par la *Charte* au regard de l'article premier, le gouvernement doit démontrer qu'elle vise un but ou objectif valide du point de vue constitutionnel, et que les mesures choisies sont raisonnables et leur justification peut se démontrer. L'argument du gouvernement selon lequel le fait de priver les détenus du droit de vote appelle la retenue parce que c'est une question de philosophie sociale et politique est rejeté. La retenue peut se révéler appropriée à l'égard d'une décision impliquant des principes opposés en matière politique et sociale. Elle ne l'est pas, cependant, à l'égard d'une décision ayant pour effet de limiter des droits fondamentaux. Le droit de vote est un droit fondamental pour notre démocratie et la primauté du droit, et il ne peut être écarté à la légère. Les restrictions au droit de vote exigent non pas une retenue judiciaire, mais un examen approfondi. Les rédacteurs de la *Charte* ont souligné l'importance privilégiée que revêt ce droit non seulement en employant des termes généraux et absolus, mais aussi en le soustrayant à l'application de l'art. 33, la clause de dérogation. L'argument portant que la nature philosophique ou symbolique des objectifs du gouvernement commande en soi la retenue est également rejeté. Le législateur ne peut s'appuyer sur de nobles objectifs pour soustraire la législation à un examen fondé sur la *Charte*. En l'espèce, l'al. 51e) n'est pas justifié selon l'article premier de la *Charte*.

Le gouvernement n'a pas réussi à cerner les problèmes spécifiques qui nécessitent la privation du droit de vote; il est donc difficile de conclure qu'elle vise un but urgent et réel. Vu l'absence de problème spécifique, le gouvernement invoque deux objectifs généraux pour justifier l'al. 51e) : (1) accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit; et (2) infliger une sanction supplémentaire, ou « faire ressortir les objets généraux de la sanction pénale ». Cependant, les objectifs généraux et symboliques rendent l'analyse de la question de la justification plus difficile. Le premier objectif pourrait être invoqué à l'égard de presque toutes les lois criminelles et de nombreuses mesures non criminelles. Pour ce qui est du deuxième objectif, le dossier n'indique pas précisément pourquoi le législateur a estimé qu'il fallait infliger une sanction supplémentaire à cette catégorie de prisonniers en particulier, ni quels objectifs, autres que ceux réalisés par les peines déjà prévues, le législateur espérait ainsi atteindre. Toutefois, la prudence nous conseille de procéder à l'analyse de la proportionnalité au lieu de rejeter catégoriquement ces objectifs.

L'alinéa 51e) ne répond pas au critère de la proportionnalité. En particulier, le gouvernement n'a pas réussi à établir un lien rationnel entre la privation du droit de vote prévue à l'al. 51e) et les objectifs qu'il poursuit. En ce qui concerne le premier objectif, à savoir accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, le

likely to send messages that undermine respect for the law and democracy than messages that enhance those values. The legitimacy of the law and the obligation to obey the law flow directly from the right of every citizen to vote. To deny prisoners the right to vote is to lose an important means of teaching them democratic values and social responsibility. The government's novel political theory that would permit elected representatives to disenfranchise a segment of the population finds no place in a democracy built upon principles of inclusiveness, equality, and citizen participation. That not all self-proclaimed democracies adhere to this conclusion says little about what the Canadian vision of democracy embodied in the *Charter* permits. Moreover, the argument that only those who respect the law should participate in the political process cannot be accepted. Denial of the right to vote on the basis of attributed moral unworthiness is inconsistent with the respect for the dignity of every person that lies at the heart of Canadian democracy and the *Charter*. It also runs counter to the plain words of s. 3 of the *Charter*, its exclusion from the s. 33 override, and the idea that laws command obedience because they are made by those whose conduct they govern.

With respect to the second objective of imposing appropriate punishment, the government offered no credible theory about why it should be allowed to deny a fundamental democratic right as a form of state punishment. Denying the right to vote does not comply with the requirements for legitimate punishment — namely, that punishment must not be arbitrary and must serve a valid criminal law purpose. Absence of arbitrariness requires that punishment be tailored to the acts and circumstances of the individual offender. Section 51(e) *qua* punishment bears little relation to the offender's particular crime. As to a legitimate penal purpose, neither the record nor common sense supports the claim that disenfranchisement deters crime or rehabilitates criminals. By imposing a blanket punishment on all penitentiary inmates regardless of the particular crimes they committed, the harm they caused, or the normative character of their conduct, s. 51(e) does not meet the requirements of denunciatory, retributive punishment, and is not rationally connected to the government's stated goal.

The impugned provision does not minimally impair the right to vote. Section 51(e) is too broad, catching many people who, on the government's own theory, should not be caught. Section 51(e) cannot be saved by

fait de priver les détenus du droit de vote risque plus de transmettre des messages qui compromettent le respect de la règle de droit et de la démocratie que des messages qui prônent ces valeurs. La légitimité de la loi et l'obligation de la respecter découlent directement du droit de vote de chaque citoyen. Priver les prisonniers du droit de vote équivaut à abandonner un important moyen de leur inculquer des valeurs démocratiques et le sens des responsabilités sociales. La nouvelle théorie politique du gouvernement qui permettrait aux représentants élus de priver du droit de vote une partie de la population n'a pas sa place dans une démocratie fondée sur des principes d'inclusion, d'égalité et de participation du citoyen. Que les démocraties autoproclamées n'adhèrent pas toutes à cette conclusion renseigne peu sur ce que permet la vision canadienne de la démocratie consacrée dans la *Charte*. De plus, l'argument portant que seuls ceux qui respectent la loi devraient participer au processus politique est inacceptable. Le retrait du droit de vote fondé sur une supposée absence de valeur morale est incompatible avec le respect de la dignité humaine qui se trouve au cœur de la démocratie canadienne et de la *Charte*. Il va également à l'encontre du libellé même de l'art. 3 de la *Charte*, du fait qu'il ne peut faire l'objet d'une dérogation par application de l'art. 33, et de l'idée que les lois commandent l'obéissance parce qu'elles émanent de ceux dont elles régissent le comportement.

Pour ce qui est du deuxième objectif, à savoir infliger une sanction appropriée, le gouvernement ne présente aucune théorie convaincante pour expliquer pourquoi on devrait lui permettre de retirer ce droit démocratique fondamental à titre de peine infligée par l'État. Le retrait du droit de vote n'est pas conforme aux exigences en matière de peine appropriée, à savoir que la peine ne doit pas être arbitraire et qu'elle doit viser un objectif valide en droit criminel. Pour ne pas être arbitraire, la peine doit être ajustée aux actions et à la situation particulière du contrevenant. L'alinéa 51e) en tant que peine a peu à voir avec le crime particulier commis par le contrevenant. Quant à l'objectif pénal légitime, ni le dossier ni le bon sens n'appuient la prétention que la privation du droit de vote a pour effet de dissuader les criminels ou de les réadapter. En imposant une sanction qui s'applique indistinctement à tous les détenus, indépendamment du crime commis, du préjudice causé ou du caractère normatif de leur comportement, l'al. 51e) ne satisfait pas aux exigences d'une sanction ayant un effet réprobateur et infligeant un châtime et n'a donc pas de lien rationnel avec l'objectif invoqué par le gouvernement.

La disposition contestée ne porte pas atteinte au droit de vote de façon minimale. L'alinéa 51e) a une portée trop large, touchant de nombreuses personnes qui, de l'avis même du gouvernement, ne devraient pas être

the mere fact that it is less restrictive than a blanket exclusion of all inmates from the franchise.

Lastly, the negative effects of denying citizens the right to vote would greatly outweigh the tenuous benefits that might ensue. Denying prisoners the right to vote imposes negative costs on prisoners and on the penal system. It removes a route to social development and undermines correctional law and policy directed towards rehabilitation and integration. In light of the disproportionate number of Aboriginal people in penitentiaries, the negative effects of s. 51(e) upon prisoners have a disproportionate impact on Canada's already disadvantaged Aboriginal population.

Since s. 51(e) unjustifiably infringes s. 3 of the *Charter*, it is unnecessary to consider the alternative argument that it infringes the equality guarantee of s. 15(1) of the *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. (dissenting): This case rests on philosophical, political and social considerations which are not capable of "scientific proof". It involves justifications for and against the limitation of the right to vote which are based upon axiomatic arguments of principle or value statements. When faced with such justifications, this Court ought to turn to the text of s. 1 of the *Charter* and to the basic principles which undergird both s. 1 and the relationship that provision has with the rights and freedoms protected within the *Charter*. Particularly, s. 1 of the *Charter* requires that this Court look to the fact that there may be different social or political philosophies upon which justifications for or against the limitations of rights may be based. In such a context, where this Court is presented with competing social or political philosophies relating to the right to vote, it is not by merely approving or preferring one that the other is necessarily disproved or shown not to survive *Charter* scrutiny. If the social or political philosophy advanced by Parliament reasonably justifies a limitation of the right in the context of a free and democratic society, then it ought to be upheld as constitutional. In the realm of competing social or political philosophies, reasonableness is the predominant s. 1 justification consideration. Section 1 of the *Charter* does not constrain Parliament or authorize this Court to prioritize one reasonable social or political philosophy over reasonable others, but only empowers this Court to strike down those limitations which are not reasonable and which cannot be justified in a free and democratic society. The decision before this Court is therefore not whether or not Parliament has made a proper policy decision, but whether the policy position chosen by Parliament is an

visées. Il ne peut être justifié du seul fait qu'il est moins restrictif qu'une exclusion générale de tous les détenus du droit de vote.

Enfin, les effets négatifs de la privation du droit de vote l'emporteraient facilement sur les minces effets bénéfiques pouvant en découler. Priver les prisonniers du droit de vote a des effets négatifs sur les intéressés et sur le système pénal. Cela fait disparaître un moyen de susciter le développement social et sape les lois et politiques correctionnelles visant la réadaptation et la réinsertion sociale. Compte tenu du nombre disproportionné d'Autochtones dans les pénitenciers, les effets négatifs de l'al. 51e) sur les prisonniers sont disproportionnés à l'égard de la population autochtone déjà désavantagée du Canada.

Étant donné que l'al. 51e) porte atteinte de manière injustifiée à l'art. 3 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument subsidiaire selon lequel il viole le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache (dissidents) : La présente affaire repose sur des considérations philosophiques, politiques et sociales dont la « preuve scientifique » ne peut être faite. Elle comporte des justifications soit favorables soit défavorables à la restriction du droit de vote fondées sur des arguments de principe ou énoncés de valeurs de nature axiologique. Devant de telles justifications, la Cour doit s'en remettre au libellé de l'article premier de la *Charte*, ainsi qu'aux principes fondamentaux qui sous-tendent tant l'article premier que le lien entre cette disposition et les droits et libertés garantis par la *Charte*. En particulier, l'article premier exige de la Cour qu'elle tienne compte du fait que différentes philosophies sociales ou politiques peuvent étayer les justifications favorables ou défavorables à la restriction d'un droit. Dans un tel contexte, lorsque la Cour est appelée à arbitrer des philosophies sociales ou politiques opposées touchant à la question du droit de vote, ce n'est pas simplement parce qu'elle approuve ou préfère l'une d'elles que nécessairement elle désapprouve l'autre ou montre que celle-ci ne résistera pas à un examen fondé sur la *Charte*. Si celle avancée par le législateur justifie raisonnablement la restriction du droit dans le cadre d'une société libre et démocratique, elle doit être tenue pour constitutionnelle. Devant des philosophies sociales ou politiques opposées, le principal facteur à prendre en considération pour ce qui est de la justification en vertu de l'article premier est le caractère raisonnable. L'article premier de la *Charte* n'oblige pas le législateur ni n'autorise la Cour à établir un ordre de priorité parmi différentes philosophies sociales ou politiques raisonnables, mais permet seulement à la Cour d'annuler une restriction qui n'est pas raisonnable et qui

acceptable choice amongst those permitted under the *Charter*.

Since this case is about evaluating choices regarding social or political philosophies and about shaping and giving practical application to values, especially values that may lie outside the *Charter* but are of fundamental importance to Canadians, the “dialogue” between courts and Parliament is of particular importance. The dialogue metaphor does not signal a lowering of the s. 1 justification standard. It simply suggests that when, after a full and rigorous s. 1 analysis, Parliament has satisfied the court that it has established a reasonable limit to a right that is demonstrably justified in a free and democratic society, the dialogue ends. In this case, ‘dialogue’ has existed insofar as Parliament had been addressing, since well before the Federal Court of Appeal decision, an evaluation of the right to vote, and specifically, the issue of prisoner disenfranchisement. This evaluation was obviously undertaken with the many cases concerning prisoner disenfranchisement that had occurred up to that point in mind. In enacting s. 51(e) of the *Canada Elections Act* and in providing a justification of that provision before the courts, Parliament has indicated that it has drawn a line.

In this case, while it has been conceded that s. 51(e) of the *Canada Elections Act* infringes s. 3 of the *Charter*, the infringement is a reasonable limit that is demonstrably justified in a free and democratic society. The objectives of s. 51(e) are pressing and substantial. Both objectives are based upon a reasonable and rational social or political philosophy. The first objective, that of enhancing civic responsibility and respect for the rule of law, relates to the promotion of good citizenship. The social rejection of serious crime reflects a moral line which safeguards the social contract and the rule of law and bolsters the importance of the nexus between individuals and the community. The “promotion of civic responsibility” may be abstract or symbolic, but symbolic or abstract purposes can be valid of their own accord and must not be downplayed simply for the reason of their being symbolic. The second objective is the enhancement of the general purposes of the criminal sanction. Section 51(e) clearly has a punitive aspect with a retributive function. It is a valid objective for Parliament to develop appropriate sanctions and punishments for serious crime. The

ne peut être justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique. La Cour n’a donc pas à déterminer si le législateur a pris ou non une bonne décision de politique générale, mais plutôt si, parmi les positions de principe qu’autorise la *Charte*, celle qu’il a adoptée est acceptable.

La Cour étant appelée à se prononcer sur des choix en matière de philosophies sociales ou politiques et à façonner des valeurs — dont certaines sont susceptibles d’être étrangères à la *Charte*, mais de revêtir une importance fondamentale pour les Canadiens —, à les formuler et à leur donner une application pratique, le « dialogue » entre les tribunaux et le Parlement s’impose tout particulièrement. La métaphore du dialogue ne signifie pas un affaiblissement de la norme de justification en application de l’article premier. Elle signifie simplement que, lorsque le législateur, après une analyse complète et rigoureuse fondée sur l’article premier, a convaincu le tribunal qu’il a apporté à un droit une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, le dialogue prend fin. En l’espèce, il y a eu « dialogue » dans la mesure où, bien avant la décision de la Cour d’appel fédérale, le législateur a examiné la nature du droit de vote et, plus particulièrement, la question de l’inhabilité des prisonniers à voter. Cet examen faisait manifestement suite aux nombreuses décisions judiciaires rendues à ce sujet. L’adoption de l’al. 51e) de la *Loi électorale du Canada* et sa justification devant les tribunaux indiquent que le législateur a tracé une ligne.

En l’espèce, bien qu’il ait été reconnu que l’al. 51e) de la *Loi électorale du Canada* porte atteinte à l’art. 3 de la *Charte*, cette atteinte constitue une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Les objectifs de l’al. 51e) sont urgents et réels. Les deux objectifs se fondent sur une philosophie sociale ou politique, à la fois raisonnable et rationnelle. Le premier objectif, à savoir accroître la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, est lié à la promotion du sens civique. La réprobation sociale des actes criminels graves reflète un point de vue moral garantissant le respect du contrat social et de la règle de droit et affirmant l’importance du lien entre l’individu et la collectivité. La « promotion de la responsabilité civique » peut avoir un caractère abstrait ou symbolique, mais des objectifs symboliques ou abstraits peuvent être valables en soi et ne doivent pas être minimisés du simple fait qu’ils sont symboliques. Le deuxième objectif est l’accroissement de la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. L’alinéa 51e) a clairement un aspect punitif et inflige un châtement. Le législateur peut légitimement concevoir les sanctions et les peines qu’il

disenfranchisement is a civil disability arising from the criminal conviction.

Section 51(e) meets the proportionality test. First, the impugned legislation is rationally connected to the objectives. While a causal relationship between disenfranchising prisoners and the objectives is not empirically demonstrable, reason, logic and common sense, as well as extensive expert evidence, support a conclusion that there is a rational connection between disenfranchising offenders incarcerated for serious crimes and the objectives of promoting civic responsibility and the rule of law and the enhancement of the general objectives of the penal sanction. With respect to the first objective, the removal of the right to vote from serious incarcerated criminals does no injury to, but rather recognizes, their dignity. Further, the disenfranchisement of serious criminal offenders serves to deliver a message to both the community and the offenders themselves that serious criminal activity will not be tolerated by the community. Society may choose to curtail temporarily the availability of the vote to serious criminals to insist that civic responsibility and respect for the rule of law, as goals worthy of pursuit, are prerequisites to democratic participation. With respect to the second objective, the disenfranchisement is carefully tailored to apply to perpetrators of serious crimes, and there is evidence in the record indicating that the denial of the right to vote is perceived as meaningful by the prisoners themselves and can therefore contribute to the rehabilitation of prisoners. Lastly, many other democracies have, by virtue of choosing some form of prisoner disenfranchisement, also identified a connection between objectives similar to those advanced in the case at bar and the means of prisoner disenfranchisement.

Second, the impairment of the *Charter* right is minimal. Minimal impairment is about analyzing the line that has been drawn. This analysis does not require the Crown to have adopted the absolutely least intrusive means for promoting the purpose, although it does require that the Crown prefer a significantly less intrusive means if it is of equal effectiveness. Here, no less intrusive measure would be equally effective. Only “serious offenders”, as determined by Parliament, are subject to disenfranchisement. Since Parliament has drawn a two-year cut off line which identifies which incarcerated offenders have committed serious enough crimes to warrant being deprived of the vote, any alternative line will not be of equal effectiveness. Equal effectiveness is a dimension of the analysis that should not be underemphasized, as

convient d’infliger aux auteurs d’actes criminels graves. L’incapacité à voter est une incapacité civile découlant de la déclaration de culpabilité.

L’alinéa 51e) satisfait au critère de la proportionnalité. Premièrement, il existe un lien rationnel entre la disposition contestée et les objectifs. Bien que l’existence d’un lien causal entre l’incapacité des détenus à voter et les objectifs ne puisse être démontrée de façon empirique, la raison, la logique et le bon sens, ainsi que d’abondants témoignages d’experts, permettent de conclure qu’il y a un lien rationnel entre l’incapacité à voter des personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves et les objectifs de promouvoir la responsabilité civique et le respect de la règle de droit et de favoriser la réalisation des objectifs généraux de la sanction pénale. En ce qui concerne le premier objectif, le retrait du droit de vote aux personnes incarcérées pour avoir commis des actes criminels graves ne porte pas atteinte à leur dignité, mais la reconnaît. De plus, le retrait du droit de vote aux auteurs d’actes criminels graves sert à transmettre à la collectivité et aux contrevenants eux-mêmes le message que la collectivité ne tolérera pas la perpétration d’infractions graves. La société peut donc suspendre temporairement le droit de vote des auteurs d’actes criminels graves pour affirmer que la responsabilité civique et le respect de la règle de droit, en tant qu’objectifs légitimes, sont des conditions préalables à la participation démocratique. Pour ce qui est du deuxième objectif, la privation du droit de vote a été soigneusement adaptée de manière à ne viser que les personnes qui ont commis un acte criminel grave, et il ressort du dossier que la privation du droit de vote est perçue comme significative par les prisonniers eux-mêmes et peut donc contribuer à leur réadaptation. Enfin, de nombreuses autres démocraties, en optant pour une forme ou une autre d’incapacité des prisonniers à voter, ont également conclu à l’existence d’un lien entre des objectifs semblables à ceux avancés en l’espèce et les moyens retenus pour exclure les détenus de l’électorat.

Deuxièmement, l’atteinte au droit garanti par la *Charte* est minimale. Il s’agit d’examiner la limite qui a été tracée. L’État n’est pas tenu d’adopter le moyen le moins attentatoire qui soit pour favoriser la réalisation des objectifs. Cependant, à efficacité égale, il doit privilégier le moyen sensiblement moins attentatoire. En l’espèce, aucune mesure moins attentatoire ne serait tout aussi efficace. Seuls les « auteurs d’actes criminels graves », définis par le législateur, sont inhabiles à voter. Comme le législateur a fixé la limite de deux ans pour déterminer quels contrevenants incarcérés ont commis des actes criminels suffisamment graves pour justifier la perte du droit de vote, aucune autre ligne de démarcation ne pourrait avoir la même efficacité. L’égalité sur le plan de l’efficacité est une dimension de l’analyse qui

it relates directly to Parliament's ability to pursue its legitimate objectives effectively. Any other line insisted upon amounts to second-guessing Parliament as to what constitutes a "serious" crime. The provision is reasonably tailored insofar as disenfranchisement reflects the length of the sentence and actual incarceration, which, in turn, reflect the seriousness of the crime perpetrated and the intended progress towards the ultimate goals of rehabilitation and reintegration. Section 51(e) is not arbitrary: it is related directly to particular categories of conduct. The two-year cut off line also reflects several practical considerations. Further, since this Court gave the impression that it was up to Parliament to do exactly this after the first *Sauvé* case was heard in 1993, there is a need for deference to Parliament in its drawing of a line. The analysis of social and political philosophies and the accommodation of values in the context of the *Charter* must be sensitive to the fact that there may be many possible reasonable and rational balances. Line drawing, amongst a range of acceptable alternatives, is for Parliament, especially in this case where any alternate line would not be equally effective, in that the line drawn reflects Parliament's identification of what amounts to serious criminal activity.

Third, when the objectives and the salutary effects are viewed in the totality of the context, they outweigh the temporary disenfranchisement of the serious criminal offender. The enactment of the measure is itself a salutary effect. The legislation intrinsically expresses societal values in relation to serious criminal behaviour and the right to vote in our society. Value emerges from the signal or message that those who commit serious crimes will temporarily lose one aspect of the political equality of citizens. Furthermore, the temporary disenfranchisement is perceived as meaningful by the offenders themselves and could have an ongoing positive rehabilitative effect. The most obvious deleterious effect of s. 51(e) is the potential temporary loss of the vote. This, however, must be considered in light of Parliament's objectives, as illuminated by the totality of the context. The statistical data mentioned by the Federal Court of Appeal indicate that the provision catches serious and repeat offenders and that most prisoners will only be deprived of participation in one election. Because the duration of the disenfranchisement is directly related to the duration of incarceration, a serious criminal offender may never actually be denied the opportunity to vote if there is no election during the time he is incarcerated. In light of the special context of this case — that the justification advanced by Parliament is rooted in a social or political philosophy that is not susceptible to proof in the traditional sense — deference

ne doit pas être sous-estimée, en ce qu'elle se rattache directement au pouvoir du législateur de poursuivre efficacement ses objectifs légitimes. Toute autre ligne de démarcation préconisée équivaut à évaluer après coup le choix du législateur quant à savoir ce qu'est un acte criminel « grave ». La disposition est raisonnablement bien adaptée en ce que l'inhabilité reflète la durée de la peine et de l'incarcération réelle, qui elle reflète la gravité du crime commis et la progression prévisible vers la réalisation des objectifs ultimes que sont la réadaptation et la réinsertion sociale. L'alinéa 51e) n'est pas arbitraire : il se rattache directement à des catégories de comportement en particulier. La limite de deux ans s'appuie également sur des considérations d'ordre pratique. Par ailleurs, étant donné que la Cour a donné l'impression qu'il appartenait au législateur de précisément tracer la limite, après l'audition de la première affaire *Sauvé* en 1993, il est nécessaire de respecter la limite qu'il a fixée. L'analyse de philosophies sociales ou politiques et la conciliation de valeurs dans le contexte de l'application de la *Charte* doivent tenir compte du fait que de nombreux dosages raisonnables et rationnels sont possibles. C'est au législateur de choisir une limite parmi différentes alternatives acceptables, surtout qu'en l'espèce toute autre limite ne serait pas aussi efficace, étant donné que celle fixée par le législateur correspond à ce qui, selon lui, constitue une activité criminelle grave.

Troisièmement, considérés dans leur contexte global, les objectifs et les effets bénéfiques l'emportent sur l'inhabilité temporaire à voter de l'auteur d'un acte criminel grave. L'adoption de cette mesure est bénéfique en soi. La loi, intrinsèquement, exprime des valeurs sociales à l'égard du comportement criminel grave et du droit de vote dans la société. Une valeur se dégage du message : ceux qui commettent des actes criminels graves seront temporairement privés d'une facette de l'égalité politique des citoyens. De plus, l'inhabilité temporaire à voter est perçue comme significative par les contrevenants eux-mêmes et pourrait avoir un effet positif permanent sur le plan de la réadaptation. L'effet le plus clairement préjudiciable de l'al. 51e) est la perte temporaire possible du droit de vote. Ce préjudice doit cependant être apprécié d'après les objectifs du législateur et le contexte dans son ensemble. Selon les données statistiques mentionnées par la Cour d'appel fédérale, cette disposition ne vise que les auteurs d'infractions graves et les récidivistes et la plupart des détenus ne seront privés du droit de vote qu'à un seul scrutin. Étant donné que la durée de l'inhabilité est directement liée à celle de l'incarcération, il est en fait possible qu'un détenu ayant perpétré un acte criminel grave ne soit jamais privé du droit de vote dans la mesure où il pourrait ne pas y avoir d'élections au cours de cette période. Vu le contexte particulier de la présente espèce, où la justification avancée par le législateur trouve sa

is appropriate since the impugned provision raises questions of penal philosophy and policy.

Section 51(e) does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. Even if it were presumed that the legislation draws a distinction based on personal characteristics, prisoners do not constitute a group protected by analogous or enumerated grounds under s. 15(1). The fact of being incarcerated does not arise because of a stereotypical application of a presumed group characteristic. The status of being a prisoner is brought about by the past commission of serious criminal offences, acts committed by the individual himself or herself. The unifying group characteristic is past criminal behaviour. The argument that imprisonment should be recognized as an analogous ground because of adverse effect or impact discrimination based on the fact that Aboriginal peoples make up a “disproportionate” percentage of prisoners must be rejected. It is not plausible to say that the temporary disenfranchisement provision is in some way targeted at Aboriginal people. The fact of incarceration does not necessarily arise due to any personal attribute such as race or ethnic origin and neither does it necessarily relate to social condition. It hinges only upon the commission of serious criminal offences.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438, aff’d (1992), 7 O.R. (3d) 481; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Belczowski v. Canada*, [1992] 2 F.C. 440; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Canadian Disability Rights Council v. Canada*, [1988] 3 F.C. 622; *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628; *August v. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

By Gonthier J. (dissenting)

Sauvé v. Canada (Attorney General) (1988), 66 O.R. (2d) 234, rev’d (1992), 7 O.R. (3d) 481, aff’d [1993] 2

source dans une philosophie sociale ou politique non susceptible d’être étayée par une preuve au sens où on l’entend habituellement, il convient de faire preuve de retenue parce que la disposition contestée soulève des questions de philosophie et de politique pénales.

L’alinéa 51e) ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Même si l’on suppose que la loi établit une distinction d’après des caractéristiques personnelles, les prisonniers ne forment pas un groupe protégé par un motif analogue ou un motif énuméré au par. 15(1). L’incarcération ne résulte pas de l’application stéréotypée d’une présumée caractéristique de groupe. Le fait d’être détenu est imputable à la perpétration d’un acte criminel grave, acte que l’intéressé a perpétré lui-même. La caractéristique commune aux membres du groupe est l’activité criminelle antérieure. L’argument voulant que l’emprisonnement devrait être reconnu à titre de motif analogue en raison de son effet préjudiciable ou de la discrimination qui en résulte indirectement du fait que les Autochtones constituent un pourcentage « disproportionné » des prisonniers doit être rejeté. Il n’est pas plausible de dire que la disposition sur l’incapacité temporaire à voter vise de quelque manière les Autochtones. L’incarcération n’est pas nécessairement attribuable à une caractéristique personnelle, comme la race ou l’origine ethnique, ni liée nécessairement à la condition sociale. Elle découle strictement de la perpétration d’un acte criminel grave.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438, conf. (1992), 7 O.R. (3d) 481; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Belczowski c. Canada*, [1992] 2 C.F. 440; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622; *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628; *August c. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Sauvé c. Canada (Attorney General) (1988), 66 O.R. (2d) 234, inf. par (1992), 7 O.R. (3d) 481, conf. par

S.C.R. 438; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Re Jolivet and The Queen* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604; *Gould v. Canada (Attorney General)*, [1984] 2 S.C.R. 124, aff'g [1984] 1 F.C. 1133, rev'g [1984] 1 F.C. 1119; *Lévesque v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 287; *Badger v. Attorney-General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108, aff'd (1986), 32 D.L.R. (4th) 310; *Badger v. Canada (Attorney General)* (1988), 55 Man. R. (2d) 211, rev'd (1988), 55 D.L.R. (4th) 177, leave to appeal refused, [1989] 1 S.C.R. v; *Belczowski v. Canada*, [1991] 3 F.C. 151, aff'd [1992] 2 F.C. 440, aff'd [1993] 2 S.C.R. 438; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Pearson v. Secretary of State for the Home Department*, [2001] E.W.J. No. 1566 (QL); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Driskell v. Manitoba (Attorney General)*, [1999] 11 W.W.R. 615; *Byatt v. Dykema* (1998), 158 D.L.R. (4th) 644; *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974); *X. v. Netherlands*, Application No. 6573/74, December 19, 1974, D.R. 1, p. 87; *H. v. Netherlands*, Application No. 9914/82, July 4, 1983, D.R. 33, p. 242; *Holland v. Ireland*, Application No. 24827/94, April 14, 1998, D.R. 93-A, p. 15; Eur. Court. H. R., *Mathieu-Mohin and Clerfayt* case, judgment of 2 March 1987, Series A No. 113; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. v. Luxton*, [1990]

[1993] 2 R.C.S. 438; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Re Jolivet and The Queen* (1983), 1 D.L.R. (4th) 604; *Gould c. Canada (Procureur général)*, [1984] 2 R.C.S. 124, conf. [1984] 1 C.F. 1133, inf. [1984] 1 C.F. 1119; *Lévesque c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 287; *Badger c. Attorney-General of Manitoba* (1986), 30 D.L.R. (4th) 108, conf. par (1986), 32 D.L.R. (4th) 310; *Badger c. Canada (Attorney General)* (1988), 55 Man. R. (2d) 211, inf. par (1988), 55 D.L.R. (4th) 177, autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. v; *Belczowski c. Canada*, [1991] 3 C.F. 151, conf. par [1992] 2 C.F. 440, conf. par [1993] 2 R.C.S. 438; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Pearson c. Secretary of State for the Home Department*, [2001] E.W.J. No. 1566 (QL); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Driskell c. Manitoba (Attorney General)*, [1999] 11 W.W.R. 615; *Byatt c. Dykema* (1998), 158 D.L.R. (4th) 644; *Richardson c. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974); *X. c. Pays-Bas*, requête n° 6573/74, 19 décembre 1974, D.R. 1, p. 87; *H. c. Pays-Bas*, requête n° 9914/82, 4 juillet 1983, D.R. 33, p. 242; *Holland c. Irlande*, requête n° 24827/94, 14 avril 1998, D.R. 93-B, p. 15; Cour. eur. D. H., *Affaire Mathieu-Mohin et Clerfayt*, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Guiller* (1985), 48 C.R. (3d) 226; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S.

2 S.C.R. 711; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Jackson v. Joyceville Penitentiary*, [1990] 3 F.C. 55; *McKinnon v. M.N.R.*, 91 D.T.C. 1002; *Armstrong v. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745; *Mulligan v. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2062; *Wells v. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2118; *Olson v. Canada*, [1996] 2 F.C. 168, leave to appeal refused, [1997] 3 S.C.R. xii; *Alcorn v. Canada (Commissioner of Corrections)* (1999), 163 F.T.R. 1, aff'd (2002), 95 C.R.R. (2d) 326, 2002 FCA 154; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, rev'g [1990] 2 F.C. 299; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688.

Statutes and Regulations Cited

Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, ss. 51(e) [rep. & sub. 1993, c. 19, s. 23(2)], 51.1 [ad. *idem*, s. 24].
Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, s. 4(c).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, preamble, ss. 1, 3, 6(1), 11, 12, 15(1), 33.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718.2(e), 742.1, 743.1, 743.6.
Election Act, R.S.A. 2000, c. E-1, s. 45(c).
Election Act, R.S.B.C. 1996, c. 106, s. 30(b).
Election Act, R.S.Q., c. E-3.3, s. 273.
Election Act, S.P.E.I. 1996, c. 12.
Election Act, 1996, S.S. 1996, c. E-6.01, s. 17.
Election Statute Law Amendment Act, 1998, S.O. 1998, c. 9, s. 13.
Elections Act, R.S.M. 1987, c. E30, s. 31 [rep. & sub. 1998, c. 4, s. 21].
Elections Act, R.S.N.B. 1973, c. E-3, s. 43(2)(e).
Elections Act, R.S.N.S. 1989, c. 140, s. 29(d) [am. 2001, c. 43, s. 13].
Elections Act, R.S.N.W.T. 1988, c. E-2, s. 27(3) [am. 1995, c. 14, s. 6].
Elections Act, R.S.Y. 1986, c. 48, s. 5(d).
Elections Act, 1991, S.N. 1992, c. E-3.1.
European Assembly Elections Act 1978 (U.K.), 1978, c. 10, Sch. 1, s. 2(1).
Human Rights Act 1998 (U.K.), 1998, c. 42.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, Art. 25.
Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Eur. T.S. No. 9, Art. 3.
Representation of the People Act 1983 (U.K.), 1983, c. 2, s. 3(1) [am. 1985, c. 50, Sch. 4, s. 1; am. 2000, c. 2, s. 2].

711; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, [1990] 3 C.F. 55; *McKinnon c. M.R.N.*, 91 D.T.C. 1002; *Armstrong c. R.*, [1996] 1 C.T.C. 2745; *Mulligan c. R.*, [1997] 2 C.T.C. 2062; *Wells c. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2118; *Olson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 168, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. xii; *Alcorn c. Canada (Commissaire du service correctionnel)* (1999), 163 F.T.R. 1, conf. par (2002), 95 C.R.R. (2d) 326, 2002 CAF 154; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, inf. [1990] 2 C.F. 299; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, préambule, art. 1, 3, 6(1), 11, 12, 15(1), 33.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.2e), 742.1, 743.1, 743.6.
Constitution des États-Unis, article 1, Quatorzième amendement, Quinzième amendement, Dix-septième amendement, Dix-neuvième amendement, Vingt-quatrième amendement et Vingt-sixième amendement.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221.
Election Act, R.S.A. 2000, ch. E-1, art. 45c).
Election Act, R.S.B.C. 1996, ch. 106, art. 30b).
Election Act, S.P.E.I. 1996, ch. 12.
Election Act, 1996, S.S. 1996, ch. E-6.01, art. 17.
Elections Act, R.S.N.S. 1989, ch. 140, art. 29d) [mod. 2001, ch. 43, art. 13].
Elections Act, 1991, S.N. 1992, ch. E-3.1.
European Assembly Elections Act 1978 (R.-U.), 1978, ch. 10, ann. 1, art. 2(1).
Human Rights Act 1998 (R.-U.), 1998, ch. 42.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de 1998 modifiant des lois en ce qui concerne les élections, L.O. 1998, ch. 9, art. 13.
Loi électorale, L.R.M. 1987, ch. E30, art. 31 [rempl. 1998, ch. 4, art. 21].
Loi électorale, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, art. 43(2)e).
Loi électorale, L.R.Q., ch. E-3.3, art. 273.
Loi électorale, L.R.T.N.-O. 1988, ch. E-2, art. 27(3) [mod. 1995, ch. 14, art. 6].
Loi électorale, L.R.Y. 1986, ch. 48, art. 5d).
Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 4c).
Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 51e) [abr. & rempl. 1993, ch. 19, art. 23(2)], 51.1 [aj. *idem*, art. 24].
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 25.

United States Constitution, Article 1, Fourteenth Amendment, Fifteenth Amendment, Seventeenth Amendment, Nineteenth Amendment, Twenty-Fourth Amendment, Twenty-Sixth Amendment.

Authors Cited

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XIV, 3rd Sess., 34th Parl., April 2, 1993, pp. 18015-021.
- Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. *Final Report of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing — Reforming Electoral Democracy*, vol. 1. Ottawa: The Commission, 1991.
- Canada. Senate and House of Commons. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 43, 1st Sess., 32nd Parl., January 22, 1981, pp. 43:79-43:90.
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, “moral”.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- George, Robert P. *Making Men Moral*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- Grimm, Dieter. “Human Rights and Judicial Review in Germany”, in David M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 267.
- Hampton, Jean. “Punishment, Feminism, and Political Identity: A Case Study in the Expressive Meaning of the Law” (1998), 11 *Can. J. L. & Jur.* 23.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2001, release 1).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures” (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Macklem, P., et al. *Canadian Constitutional Law*, 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery Publications, 1997.
- Mill, John Stuart. “Thoughts on Parliamentary Reform”, in J. M. Robson, ed., *Essays on Politics and Society*, vol. XIX. Toronto: University of Toronto Press, 1977, 311.
- Penal Reform International. *Making Standards Work — An International Handbook on Good Prison Practice*. The Hague: Penal Reform International, 1995.
- Raz, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, 1988.

Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, S.T.E. n° 9, art. 3.

Representation of the People Act 1983 (R.-U.), 1983, ch. 2, art. 3(1) [mod. 1985, ch. 50, ann. 4, art. 1; mod. 2000, ch. 2, art. 2].

Doctrine citée

- Association internationale de réforme pénale. *Pratique de la prison : Du bon usage des règles pénitentiaires internationales*. Paris : L’Association, 1997.
- Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. *Rapport final de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis — Pour une démocratie électorale renouvelée*, vol. 1. Ottawa : La Commission, 1991.
- Canada Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIV, 3^e sess., 34^e lég., 2 avril 1993, p. 18015-18021.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 43, 1^{re} sess., 32^e lég., 22 janvier 1981, p. 43:79-43:90.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge : Harvard University Press, 1977.
- George, Robert P. *Making Men Moral*. Oxford : Clarendon Press, 1993.
- Grimm, Dieter. « Human Rights and Judicial Review in Germany », in David M. Beatty, ed., *Human Rights and Judicial Review : A Comparative Perspective*. Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1994, 267.
- Hampton, Jean. « Punishment, Feminism, and Political Identity : A Case Study in the Expressive Meaning of the Law » (1998), 11 *Can. J. L. & Jur.* 23.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2001, release 1).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Macklem, P., et al. *Canadian Constitutional Law*, 2nd ed. Toronto : Emond Montgomery Publications, 1997.
- Mill, John Stuart. « Thoughts on Parliamentary Reform », in J. M. Robson, ed., *Essays on Politics and Society*, vol. XIX. Toronto : University of Toronto Press, 1977, 311.
- Nations Unies. Comité des droits de l’homme. « Observations générales adoptées par le Comité des droits de l’homme au titre du paragraphe 4 de l’article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Observation générale n° 25 (57), annexe V, CCPR/C/21, rev. 1, add. 7, 27 août 1996.