

<p>Court File No. CV-18-00602494-0000</p> <p>ONTARIO SUPERIOR COURT OF JUSTICE</p> <p>B E T W E E N :</p> <p>ROCCO ACHAMPPONG</p> <p style="text-align: right;">Applicant</p> <p>- and -</p> <p>ONTARIO (HON. DOUG FORD, PREMIER OF ONTARIO), ONTARIO (ATTORNEY-GENERAL), and CITY OF TORONTO</p> <p style="text-align: right;">Respondents</p>	<p>Court File No. CV-18-00603797-0000</p> <p>ONTARIO SUPERIOR COURT OF JUSTICE</p> <p>B E T W E E N :</p> <p>CITY OF TORONTO</p> <p style="text-align: right;">Applicant</p> <p>- and -</p> <p>ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO</p> <p style="text-align: right;">Respondent</p>
<p>Court File No. CV-18-00603633-0000</p> <p>ONTARIO SUPERIOR COURT OF JUSTICE</p> <p>B E T W E E N :</p> <p>CHRIS MOISE, ISH ADERONMU and PRABHA KHOSLA on her own behalf and on behalf of all members of WOMEN WIN TO</p> <p style="text-align: right;">Applicants</p> <p>- and -</p> <p>ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO and THE CORPORATION OF THE CITY OF TORONTO</p> <p style="text-align: right;">Respondents</p>	

**BOOK OF AUTHORITIES OF THE INTERVENORS,
JENNIFER HOLLETT, LILY CHENG, SUSAN DEXTER,
GEOFFREY KETTEL and DYANOOSH YOUSSEFI**

**PALIARE ROLAND ROSENBERG
ROTHSTEIN LLP**
155 Wellington Street West
35th Floor
Toronto, ON M5V 3H1

Donald K. Eady (LSO #30635P)
don.eady@paliareroland.com

Caroline V. (Nini) Jones (LSO #43956J)
nini.jones@paliareroland.com

Jodi Martin (LSO# 54966V)
jodi.martin@paliareroland.com

Lawyers for the Intervenors, Jennifer Hollett,
Lily Cheng, Susan Dexter, Geoffrey Kettel,
and Dyanoosh Youssefi

TO: **ROCCO K. ACHAMPPONG**
Barrister & Solicitor
Dundas Street West, Suite 2500
Toronto, ON M5G 1Z3

Rocco Achampong (LSO# 57837J)
roccoachampong@gmail.com

Gavin Magrath (LSO# 51553A)
gavin@magraths.ca

Selwyn Pieters (LSO# 50303Q)
Selwyn@SelwynPieters.com

Applicant /Lawyers for the Applicant

AND TO: **GOLDBLATT PARTNERS LLP**
20 Dundas Street West, Suite 1039
Toronto, ON M5G 2C2

Howard Goldblatt (LSO# 15964M)
hgoldblatt@goldblattpartners.com

James McDonald(LSO# 17518T)
jmcdonald@goldblattpartners.com

Steven M. Barrett (LSO# 24871B)
sbarrett@goldblattpartners.com

Simon Archer (LSO# 46263D)
sarcher@goldblattpartners.com

Heather McConnell (LSO# 54357O)
hmcconnell@goldblattpartners.com

Christine Davies (LSO# 57390F)
cdavies@goldblattpartners.com

Geetha Philipupillai (LSO# 74741S)
gphilipupillai@goldblattpartners.com

Lawyers for the Applicants,
Moise et al

AND TO: **THE CITY OF TORONTO**
City Solicitor's Office
City of Toronto
Stn 1260, 26th Floor
Metro Hall, 55 John Street
Toronto, ON M5V 3C6

Diana W. Dimmer (LSO #24932L)
Diana.Dimmer@toronto.ca

Glenn K. L. Chu (LSO #40392F)
Glenn.Chu@toronto.ca

Phillip Chan (LSO #68681S)
Phillip.Chan@toronto.ca

Lawyers for the Respondent/Applicant,
City of Toronto

AND TO: **MINISTRY OF THE ATTORNEY GENERAL**
Crown Law-Civil
McMurtry-Scott Building
720 Bay Street
Toronto, ON M7A 2S9

Robin Basu (LSO# 32742K)
Robin.Basu@ontario.ca

Yashoda Ranganathan (LSO# 57236E)
Yashoda.Ranganathan@ontario.ca

Audra Ranalli (LSO# 72362U)
Audra.Ranalli@ontario.ca

Lawyers for the Respondent,
Province of Ontario

AND TO: **DLA PIPER (CANADA) LLP**
Suite 6000, 1 First Canadian Place
PO Box 367, 100 King St W
Toronto, ON M5X 1E2

Derek Bell (LSO # 43420J)
derek.bell@dlapiper.com

Ashley Boyes (LSO# 74477G)
ashley.boyes@dlapiper.com

Lawyers for the Intervenor,
The Canadian Taxpayers Federation

AND TO: **TORONTO DISTRICT SCHOOL BOARD**
Legal Services
5050 Yonge Street, 5th Floor
Toronto, ON M2N 5N8

Patrick Cotter (LSO# 40809E)
Patrick.cotter@tdsb.on.ca

Lawyers for the Intervenor,
Toronto District School Board

AND TO: **DIMITRE POPOV**

Dimitre Popov
viapopov@yahoo.com

Self-Represented Intervenor,
Dimitre Popov

INDEX

Tab

<i>Reference re Secession of Quebec</i> , [1998] 2 SCR 217.....	1
<i>Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)</i> (2001), 56 OR (3d) 505, 2001 CarswellOnt 4275 (ON CA)	2
<i>R v. Oakes</i> , [1986] 1 SCR 103	3
<i>Figueroa v. Canada (Attorney General)</i> , 2003 SCC 37	4
<i>OPSEU v. Ontario (Attorney General)</i> , [1987] 2 SCR 2.....	5
<i>Masters' Assn. of Ontario v. Ontario</i> , 2010 ONSC 3714.....	6
<i>Harper v. Canada</i> , 2004 SCC 33	7
<i>Opitz v. Wrzesnewskyj</i> , 2012 SCC 55.....	8
<i>Conservative Fund Canada v. Canada (Elections)</i> , 2010 ONCA 882.....	9
<i>Gift Lake Métis Settlement v. Alberta (Aboriginal Relations)</i> , 2015 ABQB 654.....	10
<i>Stevens v. Conservative Party of Canada</i> , 2005 FCA 383	11
<i>Yukon (Chief Electoral Officer) v. Nelson</i> , 2014 YKSC 26.....	12
<i>Ta'an Kwäch'än Council, Re</i> , 2006 YKSC 62	13
<i>Bielli v. Canada (Attorney General)</i> , 2012 FC 916.....	14
<i>Pacific National Investments v. Victoria City</i> , [2000] 2 SCR 919.....	15
<i>Jackson v. Vaughan (City)</i> , 2009 CarswellOnt 1490 (Ont Sup Ct); aff'd 2010 ONCA 118.....	16
<i>Cusimano v. Toronto (City)</i> , 2011 ONSC 2527; rev'd on other grounds 2011 ONSC 7271 (Div. Ct); 2012 ONCA 907.....	17
<i>Di Ciano v. Toronto (City)</i> , MM170033 (Ont Municipal Board).....	18
<i>Natale v. City of Toronto</i> , 2018 ONSC 1475 (Div. Ct).....	19
<i>Mitchell v. Jackman</i> , 2017 NLTD(G) 150.....	20
<i>British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.</i> , 2005 SCC 49.....	21
<i>Trial Lawyers Assn. of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)</i> , 2014 SCC 59	22

<i>Canadian Bar Assn. v. British Columbia</i> , 2008 BCCA 92	23
<i>Polewsky v. Home Hardware Stores Ltd</i> , 2003 CarswellOnt 2755 (Ont Div. Ct); leave to appeal granted.....	24
Vincent Kazmierski, “Draconian but Not Despotic: The “Unwritten” Limits of Parliamentary Sovereignty in Canada” (2010) 41 Ottawa L Rev. 245	25
<i>Reference Re Alberta Statutes - The Bank Taxation Act; The Credit of Alberta Regulation Act; and the Accurate News and Information Act</i> , [1938] SCR 100, 1938 CarswellAlta 88 ...	26
<i>Vriend v. Alberta</i> , [1998] 1 SCR 493	27

Tab 1

**IN THE MATTER OF Section 53 of the
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26;**

**AND IN THE MATTER OF a Reference by
the Governor in Council concerning certain
questions relating to the secession of Quebec
from Canada, as set out in Order in Council
P.C. 1996-1497, dated the 30th day of
September, 1996**

INDEXED AS: REFERENCE RE SECESSION OF QUEBEC

File No.: 25506.

1998: February 16, 17, 18, 19; 1998: August 20.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

REFERENCE BY GOVERNOR IN COUNCIL

Constitutional law — Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Whether Supreme Court's reference jurisdiction constitutional — Constitution Act, 1867, s. 101 — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

Courts — Supreme Court of Canada — Reference jurisdiction — Governor in Council referring to Supreme Court three questions relating to secession of Quebec from Canada — Whether questions submitted fall outside scope of reference provision of Supreme Court Act — Whether questions submitted justiciable — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

Constitutional law — Secession of province — Unilateral secession — Whether Quebec can secede unilaterally from Canada under Constitution.

International law — Secession of province of Canadian federation — Right of self-determination — Effectivity principle — Whether international law gives Quebec right to secede unilaterally from Canada.

Pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, the Governor in Council referred the following questions to this Court:

DANS L'AFFAIRE DE l'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26;

ET DANS L'AFFAIRE D'UN renvoi par le Gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada formulées dans le décret C.P. 1996-1497 en date du 30 septembre 1996

RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À LA SÉCESSION DU QUÉBEC

Nº du greffe: 25506.

1998: 16, 17, 18, 19 février; 1998: 20 août.

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

RENOVI PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL

Droit constitutionnel — Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — La compétence de la Cour suprême en matière de renvoi est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 101 — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence en matière de renvoi — Trois questions relatives à la sécession du Québec du Canada soumises par le gouverneur en conseil à la Cour suprême — Les questions soumises relèvent-elles de la compétence de la Cour suprême en matière de renvoi? — Les questions sont-elles justiciables? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.

Droit constitutionnel — Sécession d'une province — Sécession unilatérale — Le Québec peut-il, en vertu de la Constitution, procéder unilatéralement à la sécession?

Droit international — Sécession d'une province de la fédération canadienne — Droit à l'autodétermination — Principe de l'effectivité — Le Québec a-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession?

Le gouverneur en conseil a soumis à la Cour, en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, les questions suivantes:

1. Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
2. Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
3. In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally, which would take precedence in Canada?

Issues regarding the Court's reference jurisdiction were raised by the *amicus curiae*. He argued that s. 53 of the *Supreme Court Act* was unconstitutional; that, even if the Court's reference jurisdiction was constitutionally valid, the questions submitted were outside the scope of s. 53; and, finally, that these questions were not justiciable.

Held: Section 53 of the *Supreme Court Act* is constitutional and the Court should answer the reference questions.

(1) Supreme Court's Reference Jurisdiction

Section 101 of the *Constitution Act, 1867* gives Parliament the authority to grant this Court the reference jurisdiction provided for in s. 53 of the *Supreme Court Act*. The words "general court of appeal" in s. 101 denote the status of the Court within the national court structure and should not be taken as a restrictive definition of the Court's functions. While, in most instances, this Court acts as the exclusive ultimate appellate court in the country, an appellate court can receive, on an exceptional basis, original jurisdiction not incompatible with its appellate jurisdiction. Even if there were any conflict between this Court's reference jurisdiction and the original jurisdiction of the provincial superior courts, any such conflict must be resolved in favour of Parliament's exercise of its plenary power to establish a "general court of appeal". A "general court of appeal" may also properly undertake other legal functions, such as the rendering of advisory opinions. There is no con-

1. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
2. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

L'*amicus curiae* a soulevé des questions concernant la compétence de la Cour en matière de renvoi, plaident que l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est constitutionnel; que, même si la compétence de la Cour en matière de renvoi est constitutionnellement valide, les questions soumises ne relèvent pas du champ d'application de l'art. 53; et enfin que les questions ne sont pas justiciables.

Arrêt: L'article 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est constitutionnel et la Cour doit répondre aux questions du renvoi.

(1) La compétence de la Cour suprême en matière de renvoi

L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne au Parlement le pouvoir de conférer à la Cour la compétence en matière de renvoi prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*. Les mots «cour générale d'appel» à l'art. 101 indiquent le rang de la Cour au sein de l'organisation judiciaire nationale et ne doivent pas être considérés comme une définition restrictive de ses fonctions. Même si, dans la plupart des cas, la Cour exerce le rôle de juridiction d'appel suprême et exclusive au pays, une cour d'appel peut, à titre exceptionnel, se voir attribuer une compétence de première instance qui n'est pas incompatible avec sa compétence en appel. Même si la compétence de la Cour en matière de renvoi entrait en conflit avec la compétence des cours supérieures provinciales en première instance, un tel conflit devrait être résolu en faveur de l'exercice par le Parlement de son pouvoir plein et entier de créer une «cour générale d'appel». Une «cour générale d'appel» peut également exer-

stitutional bar to this Court's receipt of jurisdiction to undertake an advisory role.

The reference questions are within the scope of s. 53 of the *Supreme Court Act*. Question 1 is directed, at least in part, to the interpretation of the *Constitution Acts*, which are referred to in s. 53(1)(a). Both Questions 1 and 2 fall within s. 53(1)(d), since they relate to the powers of the legislature or government of a Canadian province. Finally, all three questions are "important questions of law or fact concerning any matter" and thus come within s. 53(2). In answering Question 2, the Court is not exceeding its jurisdiction by purporting to act as an international tribunal. The Court is providing an advisory opinion to the Governor in Council in its capacity as a national court on legal questions touching and concerning the future of the Canadian federation. Further, Question 2 is not beyond the competence of this Court, as a domestic court, because it requires the Court to look at international law rather than domestic law. More importantly, Question 2 does not ask an abstract question of "pure" international law but seeks to determine the legal rights and obligations of the legislature or government of Quebec, institutions that exist as part of the Canadian legal order. International law must be addressed since it has been invoked as a consideration in the context of this Reference.

The reference questions are justiciable and should be answered. They do not ask the Court to usurp any democratic decision that the people of Quebec may be called upon to make. The questions, as interpreted by the Court, are strictly limited to aspects of the legal framework in which that democratic decision is to be taken. Since the reference questions may clearly be interpreted as directed to legal issues, the Court is in a position to answer them. The Court cannot exercise its discretion to refuse to answer the questions on a pragmatic basis. The questions raise issues of fundamental public importance and they are not too imprecise or ambiguous to permit a proper legal answer. Nor has the Court been provided with insufficient information regarding the present context in which the questions arise. Finally, the Court may deal on a reference with issues that might otherwise be considered not yet "ripe" for decision.

cer à bon droit d'autres fonctions juridiques, comme donner des avis consultatifs. Rien dans la Constitution n'empêche la Cour de se voir attribuer le pouvoir d'exercer un rôle consultatif.

Les questions du renvoi entrent dans le champ d'application de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*. La question 1 touche, du moins en partie, l'interprétation des *Lois constitutionnelles* dont il est fait mention à l'al. 53(1)a). Les questions 1 et 2 relèvent l'une et l'autre de l'al. 53(1)d), puisqu'elles se rapportent aux pouvoirs de la législature ou du gouvernement d'une province canadienne. Enfin, chacune des trois questions est une «question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière» et est, de ce fait, visée au par. 53(2). En répondant à la question 2, la Cour n'outrepasse pas sa compétence en prétendant agir en tant que tribunal international. La Cour donne au gouverneur en conseil, en sa qualité de tribunal national, un avis consultatif sur des questions juridiques qui touchent l'avenir de la fédération canadienne. En outre, on ne peut pas dire que la question 2 échappe à la compétence de la Cour, en tant que tribunal interne, parce qu'elle l'oblige à examiner le droit international plutôt que le droit interne. Plus important, la question 2 n'est pas une question abstraite de droit international «pur» mais vise à déterminer les droits et obligations juridiques de la législature ou du gouvernement du Québec, institutions qui font partie de l'ordre juridique canadien. Enfin il faut traiter du droit international puisqu'on a plaidé qu'il fallait le prendre en considération dans le contexte du renvoi.

Les questions du renvoi sont justiciables et doivent recevoir une réponse. Elles ne demandent pas à la Cour d'usurer un pouvoir de décision démocratique que la population du Québec peut être appelée à exercer. Suivant l'interprétation de la Cour, les questions se limitent strictement au cadre juridique dans lequel cette décision démocratique doit être prise. Les questions peuvent clairement être considérées comme visant des questions juridiques et, de ce fait, la Cour est en mesure d'y répondre. La Cour ne peut pas exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'y répondre pour des raisons d'ordre pragmatique. Les questions revêtent une importance fondamentale pour le public et ne sont pas trop imprécises ou ambiguës pour qu'il soit possible d'y répondre correctement en droit. On ne peut pas dire non plus que la Cour n'a pas reçu suffisamment d'information sur le contexte actuel dans lequel les questions sont soulevées. En dernier lieu, la Cour peut, dans un renvoi, examiner des questions qui pourraient autrement ne pas être considérées «mûres» pour une décision judiciaire.

(2) *Question 1*

The Constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitutional enactment, without more, may be misleading. It is necessary to make a more profound investigation of the underlying principles animating the whole of the Constitution, including the principles of federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. Those principles must inform our overall appreciation of the constitutional rights and obligations that would come into play in the event that a clear majority of Quebecers votes on a clear question in favour of secession.

The Court in this Reference is required to consider whether Quebec has a right to unilateral secession. Arguments in support of the existence of such a right were primarily based on the principle of democracy. Democracy, however, means more than simple majority rule. Constitutional jurisprudence shows that democracy exists in the larger context of other constitutional values. Since Confederation, the people of the provinces and territories have created close ties of interdependence (economic, social, political and cultural) based on shared values that include federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. A democratic decision of Quebecers in favour of secession would put those relationships at risk. The Constitution vouchsafes order and stability, and accordingly secession of a province "under the Constitution" could not be achieved unilaterally, that is, without principled negotiation with other participants in Confederation within the existing constitutional framework.

Our democratic institutions necessarily accommodate a continuous process of discussion and evolution, which is reflected in the constitutional right of each participant in the federation to initiate constitutional change. This right implies a reciprocal duty on the other participants to engage in discussions to address any legitimate initiative to change the constitutional order. A clear majority vote in Quebec on a clear question in favour of secession would confer democratic legitimacy on the secession initiative which all of the other participants in Confederation would have to recognize.

(2) *Question 1*

La Constitution n'est pas uniquement un texte écrit. Elle englobe tout le système des règles et principes qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Une lecture superficielle de certaines dispositions spécifiques du texte de la Constitution, sans plus, pourrait induire en erreur. Il faut faire un examen plus approfondi des principes sous-jacents qui animent l'ensemble de notre Constitution, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Ces principes doivent guider notre appréciation globale des droits et obligations constitutionnels qui entreraient en jeu si une majorité claire de Québécois, en réponse à une question claire, votaient pour la sécession.

Le renvoi demande à la Cour de déterminer si le Québec a le droit de faire sécession unilatéralement. Les arguments à l'appui de l'existence d'un tel droit étaient fondés avant tout sur le principe de la démocratie. La démocratie, toutefois, signifie davantage que la simple règle de la majorité. La jurisprudence constitutionnelle montre que la démocratie existe dans le contexte plus large d'autres valeurs constitutionnelles. Depuis la Confédération, les habitants des provinces et territoires ont noué d'étruits liens d'interdépendance (économique, sociale, politique et culturelle) basés sur des valeurs communes qui comprennent le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Une décision démocratique des Québécois en faveur de la sécession compromettrait ces liens. La Constitution assure l'ordre et la stabilité et, en conséquence, la sécession d'une province ne peut être réalisée unilatéralement «en vertu de la Constitution», c'est-à-dire sans négociations, fondées sur des principes, avec les autres participants à la Confédération, dans le cadre constitutionnel existant.

Nos institutions démocratiques permettent nécessairement un processus continu de discussion et d'évolution, comme en témoigne le droit reconnu par la Constitution à chacun des participants à la fédération de prendre l'initiative de modifications constitutionnelles. Ce droit emporte l'obligation réciproque des autres participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel. Un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître.

Quebec could not, despite a clear referendum result, purport to invoke a right of self-determination to dictate the terms of a proposed secession to the other parties to the federation. The democratic vote, by however strong a majority, would have no legal effect on its own and could not push aside the principles of federalism and the rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole. Democratic rights under the Constitution cannot be divorced from constitutional obligations. Nor, however, can the reverse proposition be accepted: the continued existence and operation of the Canadian constitutional order could not be indifferent to a clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The other provinces and the federal government would have no basis to deny the right of the government of Quebec to pursue secession should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others. The negotiations that followed such a vote would address the potential act of secession as well as its possible terms should in fact secession proceed. There would be no conclusions predetermined by law on any issue. Negotiations would need to address the interests of the other provinces, the federal government and Quebec and indeed the rights of all Canadians both within and outside Quebec, and specifically the rights of minorities.

The negotiation process would require the reconciliation of various rights and obligations by negotiation between two legitimate majorities, namely, the majority of the population of Quebec, and that of Canada as a whole. A political majority at either level that does not act in accordance with the underlying constitutional principles puts at risk the legitimacy of its exercise of its rights, and the ultimate acceptance of the result by the international community.

The task of the Court has been to clarify the legal framework within which political decisions are to be taken “under the Constitution” and not to usurp the prerogatives of the political forces that operate within that framework. The obligations identified by the Court are binding obligations under the Constitution. However, it will be for the political actors to determine what constitutes “a clear majority on a clear question” in the circumstances under which a future referendum vote may be taken. Equally, in the event of demonstrated majority support for Quebec secession, the content and process of the negotiations will be for the political actors to settle.

Le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession. Le vote démocratique, quelle que soit l'ampleur de la majorité, n'aurait en soi aucun effet juridique et ne pourrait écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Les droits démocratiques fondés sur la Constitution ne peuvent être dissociés des obligations constitutionnelles. La proposition inverse n'est pas acceptable non plus: l'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada. Les autres provinces et le gouvernement fédéral n'auraient aucune raison valable de nier au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecterait les droits des autres. Les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions éventuelles si elle devait effectivement être réalisée. Il n'y aurait aucune conclusion prédéterminée en droit sur quelque aspect que ce soit. Les négociations devraient traiter des intérêts des autres provinces, du gouvernement fédéral, du Québec et, en fait, des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités.

Le processus de négociation exigerait la conciliation de divers droits et obligations par voie de négociation entre deux majorités légitimes, soit la majorité de la population du Québec et celle de l'ensemble du Canada. Une majorité politique, à l'un ou l'autre niveau, qui n'agirait pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution mettrait en péril la légitimité de l'exercice de ses droits et ultimement l'acceptation du résultat par la communauté internationale.

La tâche de la Cour était de clarifier le cadre juridique dans lequel des décisions politiques doivent être prises «en vertu de la Constitution», et non d'usurper les prérogatives des forces politiques qui agissent à l'intérieur de ce cadre. Les obligations dégagées par la Cour sont des obligations impératives en vertu de la Constitution. Toutefois, il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste «une majorité claire en réponse à une question claire», suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu. De même, si un appui majoritaire était exprimé en faveur de la sécession du Québec, il incomberait aux acteurs poli-

The reconciliation of the various legitimate constitutional interests is necessarily committed to the political rather than the judicial realm precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of political negotiations. To the extent issues addressed in the course of negotiation are political, the courts, appreciating their proper role in the constitutional scheme, would have no supervisory role.

(3) *Question 2*

The Court was also required to consider whether a right to unilateral secession exists under international law. Some supporting an affirmative answer did so on the basis of the recognized right to self-determination that belongs to all “peoples”. Although much of the Quebec population certainly shares many of the characteristics of a people, it is not necessary to decide the “people” issue because, whatever may be the correct determination of this issue in the context of Quebec, a right to secession only arises under the principle of self-determination of people at international law where “a people” is governed as part of a colonial empire; where “a people” is subject to alien subjugation, domination or exploitation; and possibly where “a people” is denied any meaningful exercise of its right to self-determination within the state of which it forms a part. In other circumstances, peoples are expected to achieve self-determination within the framework of their existing state. A state whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination in its internal arrangements, is entitled to maintain its territorial integrity under international law and to have that territorial integrity recognized by other states. Quebec does not meet the threshold of a colonial people or an oppressed people, nor can it be suggested that Quebecers have been denied meaningful access to government to pursue their political, economic, cultural and social development. In the circumstances, the “National Assembly, the legislature or the government of Quebec” do not enjoy a right at international law to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally.

Although there is no right, under the Constitution or at international law, to unilateral secession, the possibility of an unconstitutional declaration of secession lead-

tiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le jeu des concessions réciproques qui caractérise les négociations politiques. Dans la mesure où les questions abordées au cours des négociations seraient politiques, les tribunaux, conscients du rôle qui leur revient dans le régime constitutionnel, n'auraient aucun rôle de surveillance à jouer.

(3) *Question 2*

Il est également demandé à la Cour s'il existe, en vertu du droit international, un droit de sécession unilatérale. Certains de ceux qui apportent une réponse affirmative se fondent sur le droit reconnu à l'autodétermination qui appartient à tous les «peuples». Même s'il est certain que la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits qui caractérisent un peuple, il n'est pas nécessaire de trancher la question de l'existence d'un «peuple», quelle que soit la réponse exacte à cette question dans le contexte du Québec, puisqu'un droit de sécession ne prend naissance en vertu du principe de l'autodétermination des peuples en droit international que dans le cas d'*«un peuple»* gouverné en tant que partie d'un empire colonial, dans le cas d'*«un peuple»* soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères, et aussi, peut-être, dans le cas d'*«un peuple»* empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'intérieur de l'État dont il fait partie. Dans d'autres circonstances, les peuples sont censés réaliser leur autodétermination dans le cadre de l'État existant auquel ils appartiennent. L'État dont le gouvernement représente l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, dans l'égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes, a droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à la reconnaissance de cette intégrité territoriale par les autres États. Le Québec ne constitue pas un peuple colonisé ou opprimé, et on ne peut pas prétendre non plus que les Québécois se voient refuser un accès réel au gouvernement pour assurer leur développement politique, économique, culturel et social. Dans ces circonstances, «l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec» ne possèdent pas, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada.

Même s'il n'existe pas de droit de sécession unilatérale en vertu de la Constitution ou du droit international, cela n'écarte pas la possibilité d'une déclaration incons-

ing to a *de facto* secession is not ruled out. The ultimate success of such a secession would be dependent on recognition by the international community, which is likely to consider the legality and legitimacy of secession having regard to, amongst other facts, the conduct of Quebec and Canada, in determining whether to grant or withhold recognition. Even if granted, such recognition would not, however, provide any retroactive justification for the act of secession, either under the Constitution of Canada or at international law.

(4) Question 3

In view of the answers to Questions 1 and 2, there is no conflict between domestic and international law to be addressed in the context of this Reference.

Cases Cited

Referred to: *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 S.C.R. 536, aff'd [1912] A.C. 571; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *De Demko v. Home Secretary*, [1959] A.C. 654; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911); *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208; *Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] S.C.R. 246; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to Amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R.

stitutionnelle de sécession conduisant à une sécession *de facto*. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada. Même si elle était accordée, une telle reconnaissance ne fournirait toutefois aucune justification rétroactive à l'acte de sécession, en vertu de la Constitution ou du droit international.

(4) Question 3

Compte tenu des réponses aux questions 1 et 2, il n'existe, entre le droit interne et le droit international, aucun conflit à examiner dans le contexte du renvoi.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, conf. par [1912] A.C. 571; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *De Demko c. Home Secretary*, [1959] A.C. 654; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127; *Muskrat c. United States*, 219 U.S. 346 (1911); *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208; *Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] R.C.S. 246; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1

455; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Reference re Provincial Electoral Boundaries* (Sask.), [1991] 2 S.C.R. 158; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49.

R.C.S. 319; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales* (Sask.), [1991] 2 R.C.S. 158; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques* (Man.), art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49.

Statutes and Regulations Cited

Ala. Code 1975 § 12-2-10.
Bill of Rights of 1689 (Eng.), 1 Will. & Mar. sess. 2, c. 2.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2, 3, 4, 7 to 14, 15, 25, 33.
Charter of the United Nations, Can. T.S. 1945 No. 7, Arts. 1(2), 55.
Constitution Act, 1867, preamble, ss. 91, 92(14), 96, 101.
Constitution Act, 1982, ss. 25, 35, 52(1), (2).
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Protocol No. 2, Europ. T.S. No. 5, p. 36.
Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.).
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, Art. 1.

Lois et règlements cités

Acte d'Union, 1840 (R.-U.), 3-4 Vict., ch. 35 [publié aux L.R.C. (1985), App. II, no 4].
Ala. Code 1975 § 12-2-10.
Bill of Rights de 1689 (Angl.), 1 Will. & Mar. sess. 2, ch. 2.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 2, 3, 4, 7 à 14, 15, 25, 33.
Charte des Nations Unis, R.T. Can. 1945 no 7, art. 1(2), 55.
Constitution des États-Unis, art. III, § 2.
Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Protocole no 2, S.T. Europ. no 5, p. 37.
Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.).
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 91, 92(14), 96, 101.

- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, Art. 1.
- Magna Carta* (1215).
- Statute of the Inter-American Court of Human Rights* (1979), Art. 2.
- Statute of Westminster*, 1931 (U.K.), 22 & 23 Geo. 5, c. 4 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 27].
- Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 3, 53(1)(a), (d), (2).
- Treaty establishing the European Community*, Art. 228(6).
- Union Act*, 1840 (U.K.), 3-4 Vict., c. 35 [reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 4].
- United States Constitution, art. III, § 2.
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 25, 35, 52(1), (2).
- Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 3 [abr. & rempl. 1993, ch. 34, art. 115], 53(1)a), d), (2).
- Magna Carta* (1215).
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 1.
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, art. 1.
- Statut de Westminster de 1931* (R.-U.), 22 & 23 Geo. 5, ch. 4 [publié aux L.R.C. (1985), App. II, no 27].
- Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme* (1979), art. 2.
- Traité instituant la Communauté européenne*, art. 228(6).

Authors Cited

- Canada. Legislature. *Parliamentary Debates on the subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Sess., 8th Provincial Parliament of Canada. Quebec: Hunter, Rose & Co., 1865.
- Cassese, Antonio. *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Conference on Security and Co-operation in Europe. *Concluding Document of the Vienna Meeting 1986*, Vienna 1989. Ottawa: Department of External Affairs, 1989.
- Conference on Security and Co-operation in Europe. *Final Act*, 14 I.L.M. 1292 (1975).
- de Smith, S. A. "Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations" (1968), 7 West. Ont. L. Rev. 93.
- Doehring, Karl. "Self-Determination". In Bruno Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- European Community. Declaration. *Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union*, December 16, 1991, 31 I.L.M. 1486 (1992).
- Favoreu, Louis. "American and European Models of Constitutional Justice". In David S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, 105.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
- Jennings, Robert Yewdall. *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester: Manchester University Press, 1963.
- Canada. Législature. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3^e sess., 8^e parlement provincial du Canada. Québec: Hunter, Rose & Lemieux, 1865.
- Cassese, Antonio. *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Communauté européenne. Déclaration. *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*, 16 décembre 1991, Bull. CE 12-1991, p. 127.
- Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. *Acte final*, Helsinki 1975. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1977.
- Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. *Document de clôture de la réunion de Vienne 1986*, Vienne 1989. Ottawa: Ministère des Affaires extérieures, 1989.
- de Smith, S. A. «Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations» (1968), 7 West. Ont. L. Rev. 93.
- Doehring, Karl. «Self-Determination». In Bruno Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Favoreu, Louis. «American and European Models of Constitutional Justice». In David S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law: Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*. Berlin: Duncker & Humblot, 1990, 105.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.
- Jennings, Robert Yewdall. *The Acquisition of Territory in International Law*. Manchester: Manchester University Press, 1963.

- MacLauchlan, H. Wade. "Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference" (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 155.
- Pope, Joseph, ed. *Confederation: Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act*. Toronto: Carswell, 1895.
- United Nations. General Assembly. *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970.
- United Nations. General Assembly. *Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, GA Res. 50/6, 9 November 1995.
- United Nations. World Conference on Human Rights. *Vienna Declaration and Programme of Action*, A/CONF.157/24 (Part I), 25 June 1993, chapter III.
- Wade, H. W. R. "The Basis of Legal Sovereignty", [1955] *Camb. L.J.* 172.
- Wheare, Kenneth Clinton. *Federal Government*, 4th ed. London: Oxford University Press, 1963.
- MacLauchlan, H. Wade. «Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference» (1997), 76 *R. du B. can.* 155.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies*, Rés. AG 50/6, 9 novembre 1995.
- Nations Unies. Assemblée générale. *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970.
- Nations Unies. Conférence mondiale sur les droits de l'homme. *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, A/CONF.157/24 (Part I), 25 juin 1993, chapitre III.
- Wade, H. W. R. «The Basis of Legal Sovereignty», [1955] *Camb. L.J.* 172.
- Wheare, Kenneth Clinton. *Federal Government*, 4th ed. London: Oxford University Press, 1963.

REFERENCE by the Governor in Council, pursuant to s. 53 of the *Supreme Court Act*, concerning the secession of Quebec from Canada.

L. Yves Fortier, Q.C., Pierre Bienvenu, Warren J. Newman, Jean-Marc Aubry, Q.C., and Mary Dawson, Q.C., for the Attorney General of Canada.

André Joli-Cœur, Michel Paradis, Louis Masson, André Binette, Clément Samson, Martin Bédard and Martin St-Amant, for the *amicus curiae*.

Donna J. Miller, Q.C., and *Deborah L. Carlson*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Graeme G. Mitchell and *John D. Whyte, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Bernard W. Funston, for the intervener the Minister of Justice of the Northwest Territories.

RENOVI par le Gouverneur en conseil, conformément à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, concernant la sécession du Québec du reste du Canada.

L. Yves Fortier, c.r., Pierre Bienvenu, Warren J. Newman, Jean-Marc Aubry, c.r., et Mary Dawson, c.r., pour le procureur général du Canada.

André Joli-Cœur, Michel Paradis, Louis Masson, André Binette, Clément Samson, Martin Bédard et Martin St-Amant, pour l'*amicus curiae*.

Donna J. Miller, c.r., et Deborah L. Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Graeme G. Mitchell et John D. Whyte, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Bernard W. Funston, pour l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest.

Stuart J. Whitley, Q.C., and *Howard L. Kushner*, for the intervenor the Minister of Justice for the Government of the Yukon Territory.

Agnès Laporte and *Richard Gaudreau*, for the intervenor Kitigan Zibi Anishinabeg.

Claude-Armand Sheppard, *Paul Joffe* and *Andrew Orkin*, for the intervenor the Grand Council of the Crees (Eeyou Estchee).

Peter W. Hutchins and *Carol Hilling*, for the intervenor the Makivik Corporation.

Michael Sherry, for the intervenor the Chiefs of Ontario.

Raj Anand and *M. Kate Stephenson*, for the intervenor the Minority Advocacy and Rights Council.

Mary Eberts and *Anne Bayefsky*, for the intervenor the *Ad Hoc Committee of Canadian Women on the Constitution*.

Guy Bertrand and *Patrick Monahan*, for the intervenor Guy Bertrand.

Stephen A. Scott, for the intervenors Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell and Van Hoven Petteway.

Vincent Pouliot, on his own behalf.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

This Reference requires us to consider momentous questions that go to the heart of our system of constitutional government. The observation we made more than a decade ago in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 (*Manitoba Language Rights Reference*), at p. 728, applies with equal force here: as in that case, the present one “combines legal and constitutional questions of the utmost subtlety and complexity

Stuart J. Whitley, c.r., et *Howard L. Kushner*, pour l'intervenant le ministre de la Justice pour le gouvernement du territoire du Yukon.

Agnès Laporte et *Richard Gaudreau*, pour l'intervenante Kitigan Zibi Anishinabeg.

Claude-Armand Sheppard, *Paul Joffe* et *Andrew Orkin*, pour l'intervenant le Grand Conseil des Cris (Eeyou Estchee).

Peter W. Hutchins et *Carol Hilling*, pour l'intervenante la Corporation Makivik.

Michael Sherry, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.

Raj Anand et *M. Kate Stephenson*, pour l'intervenant le Conseil des revendications et des droits des minorités.

Mary Eberts et *Anne Bayefsky*, pour l'intervenant *Ad Hoc Committee of Canadian Women on the Constitution*.

Guy Bertrand et *Patrick Monahan*, pour l'intervenant Guy Bertrand.

Stephen A. Scott, pour les intervenants Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell et Van Hoven Petteway.

Vincent Pouliot, en personne.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR —

I. Introduction

Nous sommes appelés, dans le présent renvoi, à examiner des questions d'extrême importance, qui touchent au cœur même de notre système de gouvernement constitutionnel. L'observation que nous avons faite, il y a plus de dix ans, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 728, s'applique tout autant au présent renvoi qui, lui aussi, «allie des questions juridiques et constitutionnelles des plus subtiles et

with political questions of great sensitivity". In our view, it is not possible to answer the questions that have been put to us without a consideration of a number of underlying principles. An exploration of the meaning and nature of these underlying principles is not merely of academic interest. On the contrary, such an exploration is of immense practical utility. Only once those underlying principles have been examined and delineated may a considered response to the questions we are required to answer emerge.

² The questions posed by the Governor in Council by way of Order in Council P.C. 1996-1497, dated September 30, 1996, read as follows:

1. Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
2. Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?
3. In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally, which would take precedence in Canada?

³ Before turning to Question 1, as a preliminary matter, it is necessary to deal with the issues raised with regard to this Court's reference jurisdiction.

II. The Preliminary Objections to the Court's Reference Jurisdiction

⁴ The *amicus curiae* argued that s. 101 of the *Constitution Act, 1867* does not give Parliament the authority to grant this Court the jurisdiction provided for in s. 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. Alternatively, it is submitted that even if Parliament were entitled to enact s. 53 of the *Supreme Court Act*, the scope of that section

complexes à des questions politiques très délicates». À notre avis, il n'est pas possible de répondre aux questions soumises sans d'abord examiner un certain nombre de principes sous-jacents. L'étude de la nature et du sens de ces principes ne revêt pas seulement un intérêt théorique, mais est, au contraire, d'une très grande utilité pratique. Ce n'est que lorsque ces principes sous-jacents auront été examinés et circonscrits que nous pourrons donner une réponse valable aux questions auxquelles nous devons répondre.

Les questions posées par le gouverneur en conseil dans le décret C.P. 1996-1497, daté du 30 septembre 1996, sont rédigées ainsi:

1. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
2. L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?
3. Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

Avant d'aborder la question 1, il faut examiner les points soulevés relativement à la compétence de notre Cour en matière de renvoi.

II. Objections préliminaires à la compétence de la Cour en matière de renvoi

L'*amicus curiae* soutient que l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne donne pas au Parlement le pouvoir de conférer à notre Cour la compétence prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Subsidiairement, il affirme que, même si le Parlement était habilité à édicter l'art. 53 de la *Loi sur la Cour*

should be interpreted to exclude the kinds of questions the Governor in Council has submitted in this Reference. In particular, it is contended that this Court cannot answer Question 2, since it is a question of “pure” international law over which this Court has no jurisdiction. Finally, even if this Court’s reference jurisdiction is constitutionally valid, and even if the questions are within the purview of s. 53 of the *Supreme Court Act*, it is argued that the three questions referred to the Court are speculative, of a political nature, and, in any event, are not ripe for judicial decision, and therefore are not justiciable.

Notwithstanding certain formal objections by the Attorney General of Canada, it is our view that the *amicus curiae* was within his rights to make the preliminary objections, and that we should deal with them.

A. *The Constitutional Validity of Section 53 of the Supreme Court Act*

In *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 S.C.R. 536, affirmed on appeal to the Privy Council, [1912] A.C. 571 (*sub nom. Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*), the constitutionality of this Court’s special jurisdiction was twice upheld. The Court is asked to revisit these decisions. In light of the significant changes in the role of this Court since 1912, and the very important issues raised in this Reference, it is appropriate to reconsider briefly the constitutional validity of the Court’s reference jurisdiction.

Section 3 of the *Supreme Court Act* establishes this Court both as a “general court of appeal” for Canada and as an “additional court for the better administration of the laws of Canada”. These two roles reflect the two heads of power enumerated in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. However, the “laws of Canada” referred to in s. 101 consist only of federal law and statute: see *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2

suprême, le champ d’application de cet article devrait être interprété de manière à en exclure le genre de questions que le gouverneur en conseil a soumises dans le présent renvoi. De façon plus particulière, on prétend que notre Cour ne peut répondre à la question 2 puisqu’il s’agit d’une question de droit international «pur» sur laquelle la Cour n’a pas compétence. Enfin, même si la compétence de notre Cour en matière de renvoi est constitutionnellement valide et même si les questions soumises à la Cour relèvent du champ d’application de l’art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, on avance que ces questions sont conjecturales, qu’elles sont de nature politique et que, de toute façon, elles ne sont pas mûres pour décision judiciaire et ne sont donc pas justiciables.

Malgré quelques objections formelles soulevées par le procureur général du Canada, nous sommes d’avis que l’*amicus curiae* était en droit de présenter ces objections préliminaires et que nous devons y répondre.

A. *La validité constitutionnelle de l’art. 53 de la Loi sur la Cour suprême*

Dans l’arrêt *Re References by Governor-General in Council* (1910), 43 R.C.S. 536, confirmé en appel par le Conseil privé, [1912] A.C. 571 (*sub nom. Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*), la constitutionnalité de la juridiction spéciale de notre Cour a été confirmée à deux reprises. On nous demande de revoir ces décisions. Compte tenu des changements considérables apportés au rôle de la Cour depuis 1912 et des questions très importantes soulevées dans le présent renvoi, il convient de réexaminer brièvement la validité constitutionnelle de la compétence de la Cour en matière de renvoi.

L’article 3 de la *Loi sur la Cour suprême* établit notre Cour à la fois comme «cour générale d’appel pour l’ensemble du pays» et «tribunal additionnel propre à améliorer l’application du droit canadien». Ces deux rôles reflètent les deux pouvoirs énoncés à l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, l’expression «lois du Canada» à l’art. 101 ne vise que les lois et autres règles de droit fédérales: voir *Quebec North Shore Paper*

S.C.R. 1054, at pp. 1065-66. As a result, the phrase “additional courts” contained in s. 101 is an insufficient basis upon which to ground the special jurisdiction established in s. 53 of the *Supreme Court Act*, which clearly exceeds a consideration of federal law alone (see, e.g., s. 53(2)). Section 53 must therefore be taken as enacted pursuant to Parliament’s power to create a “general court of appeal” for Canada.

Co. c. Canadian Pacifique Ltée, [1977] 2 R.C.S. 1054, aux pp. 1065 et 1066. En conséquence, l’expression «tribunaux additionnels» figurant à l’art. 101 est une assise insuffisante pour fonder la juridiction spéciale établie à l’art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, qui déborde clairement l’examen du seul droit fédéral (voir, par exemple, le par. 53(2)). L’article 53 doit donc être considéré comme ayant été édicté en application du pouvoir du Parlement de créer une «cour générale d’appel» pour le Canada.

8 Section 53 of the *Supreme Court Act* is *intra vires* Parliament’s power under s. 101 if, in “pith and substance”, it is legislation in relation to the constitution or organization of a “general court of appeal”. Section 53 is defined by two leading characteristics — it establishes an original jurisdiction in this Court and imposes a duty on the Court to render advisory opinions. Section 53 is therefore constitutionally valid only if (1) a “general court of appeal” may properly exercise an original jurisdiction; and (2) a “general court of appeal” may properly undertake other legal functions, such as the rendering of advisory opinions.

L’article 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est *intra vires* des pouvoirs dont dispose le Parlement en vertu de l’art. 101 si, de par son «caractère véritable», cette disposition législative concerne la création ou l’organisation d’une «cour générale d’appel». L’article 53 comporte deux volets principaux — il investit notre Cour d’une compétence de première instance et lui impose l’obligation de donner des avis consultatifs. L’article 53 ne peut donc être constitutionnellement valide que si (1) une «cour générale d’appel» peut à bon droit exercer une compétence de première instance, et si (2) une «cour générale d’appel» peut à bon droit exercer d’autres fonctions juridiques, comme donner des avis consultatifs.

(1) May a Court of Appeal Exercise an Original Jurisdiction?

9 The words “general court of appeal” in s. 101 denote the status of the Court within the national court structure and should not be taken as a restrictive definition of the Court’s functions. In most instances, this Court acts as the exclusive ultimate appellate court in the country, and, as such, is properly constituted as the “general court of appeal” for Canada. Moreover, it is clear that an appellate court can receive, on an exceptional basis, original jurisdiction not incompatible with its appellate jurisdiction.

(1) Une cour d’appel peut-elle exercer une compétence de première instance?

Les mots «cour générale d’appel» à l’art. 101 indiquent le rang de la Cour au sein de l’organisation judiciaire nationale et ne doivent pas être considérés comme une définition restrictive de ses fonctions. Dans la plupart des cas, notre Cour exerce le rôle de juridiction d’appel suprême et exclusive au pays et, en tant que telle, elle est à bon droit constituée «cour générale d’appel» pour le Canada. Par ailleurs, il est clair qu’une cour d’appel peut, à titre exceptionnel, se voir attribuer une compétence de première instance qui n’est pas incompatible avec sa compétence en appel.

10 The English Court of Appeal, the U.S. Supreme Court and certain courts of appeal in Canada exercise an original jurisdiction in addition to their appellate functions. See *De Demko v. Home Secretary*, [1959] A.C. 654 (H.L.), at p. 660; *Re Forest*

La Cour d’appel d’Angleterre, la Cour suprême des États-Unis et certaines cours d’appel canadiennes exercent une compétence de première instance en plus de leurs fonctions en matière d’appel. Voir *De Demko c. Home Secretary*, [1959] A.C.

and Registrar of Court of Appeal of Manitoba (1977), 77 D.L.R. (3d) 445 (Man. C.A.), at p. 453; United States Constitution, art. III, § 2. Although these courts are not constituted under a head of power similar to s. 101, they certainly provide examples which suggest that there is nothing inherently self-contradictory about an appellate court exercising original jurisdiction on an exceptional basis.

It is also argued that this Court's original jurisdiction is unconstitutional because it conflicts with the original jurisdiction of the provincial superior courts and usurps the normal appellate process. However, Parliament's power to establish a general court of appeal pursuant to s. 101 is plenary, and takes priority over the province's power to control the administration of justice in s. 92(14). See *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127 (P.C.). Thus, even if it could be said that there is any conflict between this Court's reference jurisdiction and the original jurisdiction of the provincial superior courts, any such conflict must be resolved in favour of Parliament's exercise of its plenary power to establish a "general court of appeal" provided, as discussed below, advisory functions are not to be considered inconsistent with the functions of a general court of appeal.

(2) May a Court of Appeal Undertake Advisory Functions?

The *amicus curiae* submits that

[TRANSLATION] [e]ither this constitutional power [to give the highest court in the federation jurisdiction to give advisory opinions] is expressly provided for by the Constitution, as is the case in India (*Constitution of India*, art. 143), or it is not provided for therein and so it simply does not exist. This is what the Supreme Court of the United States has held. [Emphasis added.]

654 (H.L.), à la p. 660; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445 (C.A. Man.), à la p. 453; Constitution des États-Unis, art. III, § 2. Même si ces tribunaux ne sont pas constitués en vertu d'une disposition habilitante analogue à l'art. 101, ces exemples indiquent certainement qu'il n'y a rien d'intrinsèquement contradictoire au fait qu'une cour d'appel exerce, à titre exceptionnel, une compétence de première instance.

On plaide également que la compétence de première instance de notre Cour est inconstitutionnelle parce qu'elle entre en conflit avec la compétence correspondante des cours supérieures provinciales, et qu'elle court-circuite le processus d'appel normal. Toutefois, le Parlement a pleine compétence pour créer une cour générale d'appel en application de l'art. 101 et cette compétence a préséance sur le pouvoir conféré aux provinces en matière d'administration de la justice par le par. 92(14). Voir *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127 (C.P.). Par conséquent, même s'il était possible d'affirmer que la compétence de notre Cour en matière de renvoi entre en conflit avec la compétence des cours supérieures provinciales en première instance, un tel conflit doit être résolu en faveur de l'exercice par le Parlement de son pouvoir plein et entier de créer une «cour générale d'appel», pourvu, comme nous l'examinerons ci-après, que des fonctions consultatives ne soient pas considérées incompatibles avec les fonctions d'une cour générale d'appel.

(2) Une cour d'appel peut-elle exercer des fonctions consultatives?

L'amicus curiae soutient

[o]u bien ce pouvoir constitutionnel [de doter le plus haut tribunal de la fédération de la compétence d'émettre des avis consultatifs] est expressément prévu par la Constitution, comme c'est le cas en Inde, (*Constitution de l'Inde*, art. 143), ou bien il n'y est pas prévu et alors il n'existe tout simplement pas. C'est ce qu'a reconnu pour elle la Cour suprême des États-Unis. [Nous soulignons.]

13

However, the U.S. Supreme Court did not conclude that it was unable to render advisory opinions because no such express power was included in the United States Constitution. Quite the contrary, it based this conclusion on the express limitation in art. III, § 2 restricting federal court jurisdiction to actual “cases” or “controversies”. See, e.g., *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346 (1911), at p. 362. This section reflects the strict separation of powers in the American federal constitutional arrangement. Where the “case or controversy” limitation is missing from their respective state constitutions, some American state courts do undertake advisory functions (e.g., in at least two states — Alabama and Delaware — advisory opinions are authorized, in certain circumstances, by statute: see Ala. Code 1975 § 12-2-10; Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.)).

Cependant, la Cour suprême des États-Unis n'a pas conclu qu'elle n'était pas habilitée à donner des avis consultatifs pour le motif qu'aucun pouvoir exprès à cet effet n'était inscrit dans la Constitution américaine. Bien au contraire, elle a fondé cette conclusion sur la limite expresse prévue à l'art. III, § 2 de la Constitution américaine qui restreint la compétence des tribunaux fédéraux aux «causes» («cases») ou «différends» («controversies») concrets. Voir, par exemple, *Muskrat c. United States*, 219 U.S. 346 (1911), à la p. 362. Cette section témoigne de la stricte séparation des pouvoirs dans le dispositif constitutionnel fédéral aux États-Unis. Dans les cas où la limite fondée sur les «causes ou différends» n'est pas présente dans la Constitution de leur État, certains tribunaux des États américains exercent effectivement des fonctions consultatives (par exemple, dans deux États au moins — l'Alabama et le Delaware — la loi autorise les tribunaux à donner, dans certaines circonstances, des avis consultatifs: voir Ala. Code 1975 § 12-2-10; Del. Code Ann. tit. 10, § 141 (1996 Supp.)).

14

In addition, the judicial systems in several European countries (such as Germany, France, Italy, Spain, Portugal and Belgium) include courts dedicated to the review of constitutional claims; these tribunals do not require a concrete dispute involving individual rights to examine the constitutionality of a new law — an “abstract or objective question” is sufficient. See L. Favoreu, “American and European Models of Constitutional Justice”, in D. S. Clark, ed., *Comparative and Private International Law* (1990), 105, at p. 113. The European Court of Justice, the European Court of Human Rights, and the Inter-American Court of Human Rights also all enjoy explicit grants of jurisdiction to render advisory opinions. See *Treaty establishing the European Community*, Art. 228(6); Protocol No. 2 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Europ. T.S. No. 5, p. 36; *Statute of the Inter-American Court of Human Rights*, Art. 2. There is no plausible basis on which to conclude that a court is, by its nature, inherently precluded from undertaking

En outre, le système judiciaire de plusieurs pays européens (tels l'Allemagne, la France, l'Italie, l'Espagne, le Portugal et la Belgique) compte des tribunaux chargés de l'examen des affaires constitutionnelles. L'existence d'un différend concret mettant en jeu des droits individuels n'est pas nécessaire pour que ces tribunaux examinent la constitutionnalité d'une nouvelle règle de droit, une [TRADUCTION] «question abstraite ou objective» suffit. Voir L. Favoreu, «American and European Models of Constitutional Justice», dans D. S. Clark, éd., *Comparative and Private International Law* (1990), 105, à la p. 113. La Cour européenne de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont toutes une compétence qui leur est expressément conférée pour donner des avis consultatifs. Voir *Traité instituant la Communauté européenne*, art. 228(6); Protocole no 2 de la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, S.T. Europ. no 5, p. 37; *Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme*, art. 2. Il n'existe aucun fondement plausible qui permette de conclure qu'une cour de

another legal function in tandem with its judicial duties.

Moreover, the Canadian Constitution does not insist on a strict separation of powers. Parliament and the provincial legislatures may properly confer other legal functions on the courts, and may confer certain judicial functions on bodies that are not courts. The exception to this rule relates only to s. 96 courts. Thus, even though the rendering of advisory opinions is quite clearly done outside the framework of adversarial litigation, and such opinions are traditionally obtained by the executive from the law officers of the Crown, there is no constitutional bar to this Court's receipt of jurisdiction to undertake such an advisory role. The legislative grant of reference jurisdiction found in s. 53 of the *Supreme Court Act* is therefore constitutionally valid.

B. *The Court's Jurisdiction Under Section 53*

Section 53 provides in its relevant parts as follows:

53. (1) The Governor in Council may refer to the Court for hearing and consideration important questions of law or fact concerning

(a) the interpretation of the *Constitution Acts*;

. . .

(d) the powers of the Parliament of Canada, or of the legislatures of the provinces, or of the respective governments thereof, whether or not the particular power in question has been or is proposed to be exercised.

(2) The Governor in Council may refer to the Court for hearing and consideration important questions of law or fact concerning any matter, whether or not in the opinion of the Court *ejusdem generis* with the enumerations contained in subsection (1), with reference to which the Governor in Council sees fit to submit any such question.

(3) Any question concerning any of the matters mentioned in subsections (1) and (2), and referred to the

justice est, de par sa nature, intrinsèquement empêchée d'exercer une fonction juridique autre, en plus de ses fonctions judiciaires.

Qui plus est, la Constitution canadienne n'impose pas une séparation stricte des pouvoirs. Le Parlement et les législatures provinciales peuvent à bon droit confier aux tribunaux d'autres fonctions juridiques, et conférer certaines fonctions judiciaires à des organismes qui ne sont pas des tribunaux. L'exception à cette règle touche uniquement les cours visées à l'art. 96. Par conséquent, même si le fait de donner des avis consultatifs est très clairement une fonction accomplie en dehors du cadre des procédures contentieuses, et que l'exécutif obtient habituellement de tels avis des juristes de l'État, rien dans la Constitution n'empêche notre Cour de se voir attribuer le pouvoir d'exercer un tel rôle consultatif. L'attribution législative de compétence en matière de renvoi prévue à l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême* est donc constitutionnellement valide.

B. *La compétence de la Cour aux termes de l'art. 53*

Les passages pertinents de l'art. 53 disposent:

53. (1) Le gouverneur en conseil peut soumettre au jugement de la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant:

a) l'interprétation des *Lois constitutionnelles*;

. . .

d) les pouvoirs du Parlement canadien ou des législatures des provinces, ou de leurs gouvernements respectifs, indépendamment de leur exercice passé, présent ou futur.

(2) Le gouverneur en conseil peut en outre, s'il l'estime indiqué, déférer à la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière, que celle-ci soit ou non, selon la Cour, du même ordre que les matières énumérées au paragraphe (1).

(3) Les questions touchant les matières visées aux paragraphes (1) et (2) sont d'office réputées être impor-

Court by the Governor in Council, shall be conclusively deemed to be an important question.

17 It is argued that even if Parliament were entitled to enact s. 53 of the *Supreme Court Act*, the questions submitted by the Governor in Council fall outside the scope of that section.

18 This submission cannot be accepted. Question 1 is directed, at least in part, to the interpretation of the *Constitution Acts*, which are referred to in s. 53(1)(a). Both Question 1 and Question 2 fall within s. 53(1)(d), since they relate to the powers of the legislature or government of a Canadian province. Finally, all three questions are clearly “important questions of law or fact concerning any matter” so that they must come within s. 53(2).

19 However, the *amicus curiae* has also raised some specific concerns regarding this Court’s jurisdiction to answer Question 2. The question, on its face, falls within the scope of s. 53, but the concern is a more general one with respect to the jurisdiction of this Court, as a domestic tribunal, to answer what is described as a question of “pure” international law.

20 The first contention is that in answering Question 2, the Court would be exceeding its jurisdiction by purporting to act as an international tribunal. The simple answer to this submission is that this Court would not, in providing an advisory opinion in the context of a reference, be purporting to “act as” or substitute itself for an international tribunal. In accordance with well accepted principles of international law, this Court’s answer to Question 2 would not purport to bind any other state or international tribunal that might subsequently consider a similar question. The Court nevertheless has jurisdiction to provide an advisory opinion to the Governor in Council in its capacity as a national court on legal questions touching and concerning the future of the Canadian federation.

tantes quand elles sont ainsi déférées à la Cour par le gouverneur en conseil.

On plaide que même si le Parlement était habilité à édicter l’art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, les questions soumises par le gouverneur en conseil n’entrent pas dans le champ d’application de cet article.

Cet argument ne peut être retenu. La question 1 touche, du moins en partie, l’interprétation des *Lois constitutionnelles*, dont il est fait mention à l’al. 53(1)a). La question 1 et la question 2 relèvent l’une et l’autre de l’al. 53(1)d), puisqu’elles se rapportent aux pouvoirs de la législature ou du gouvernement d’une province canadienne. Enfin, chacune des trois questions est clairement une «question importante de droit ou de fait touchant toute autre matière» et est, de ce fait, visée au par. 53(2).

Toutefois, l’*amicus curiae* a exprimé aussi certaines réserves spécifiques à l’égard du pouvoir de la Cour de répondre à la question 2. À première vue, la question 2 relève du champ d’application de l’art. 53, mais ses réserves sont plus générales et concernent le pouvoir de la Cour, en tant que tribunal interne, de répondre à ce qu’il décrit comme étant une question de droit international «pur».

Le premier argument est que, en répondant à la question 2, la Cour outrepasserait sa compétence en prétendant agir en tant que tribunal international. La réponse évidente à cet argument est que, en donnant un avis consultatif dans un renvoi, la Cour ne prétend pas «agir en tant que» tribunal international ni se substituer à un tel tribunal. Conformément aux principes bien établis du droit international, la réponse de la Cour à la question 2 n’est pas censée lier un autre État ou un tribunal international susceptible d’examiner ultérieurement une question analogue. La Cour a néanmoins compétence pour donner au gouverneur en conseil, en sa qualité de tribunal national, des avis consultatifs sur des questions juridiques qui touchent ou concernent l’avenir de la fédération canadienne.

Second, there is a concern that Question 2 is beyond the competence of this Court, as a domestic court, because it requires the Court to look at international law rather than domestic law.

This concern is groundless. In a number of previous cases, it has been necessary for this Court to look to international law to determine the rights or obligations of some actor within the Canadian legal system. For example, in *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] S.C.R. 208, the Court was required to determine whether, taking into account the principles of international law with respect to diplomatic immunity, a municipal council had the power to levy rates on certain properties owned by foreign governments. In two subsequent references, this Court used international law to determine whether the federal government or a province possessed proprietary rights in certain portions of the territorial sea and continental shelf (*Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86).

More importantly, Question 2 of this Reference does not ask an abstract question of “pure” international law but seeks to determine the legal rights and obligations of the National Assembly, legislature or government of Quebec, institutions that clearly exist as part of the Canadian legal order. As will be seen, the *amicus curiae* himself submitted that the success of any initiative on the part of Quebec to secede from the Canadian federation would be governed by international law. In these circumstances, a consideration of international law in the context of this Reference about the legal aspects of the unilateral secession of Quebec is not only permissible but unavoidable.

C. *Justiciability*

It is submitted that even if the Court has jurisdiction over the questions referred, the questions

Deuxièmement, on se demande si la question 2 échappe à la compétence de la Cour, en tant que tribunal interne, parce qu'elle l'oblige à examiner le droit international plutôt que le droit interne.

Ce doute est sans fondement. Dans le passé, la Cour a dû faire appel plusieurs fois au droit international pour déterminer les droits et les obligations d'un acteur donné au sein du système juridique canadien. Par exemple, dans *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208, la Cour devait décider si, compte tenu des principes du droit international en matière d'immunité diplomatique, un conseil municipal avait le pouvoir de percevoir des taxes sur certaines propriétés appartenant à des gouvernements étrangers. Dans deux renvois ultérieurs, la Cour a encore fait appel au droit international pour déterminer si le gouvernement fédéral ou une province possédait des droits de propriété à l'égard de certaines parties de la mer territoriale et du plateau continental (*Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86).

En outre, ce qui est plus important, la question 2 du renvoi n'est pas une question abstraite de droit international «pur». Elle vise à faire déterminer les droits et obligations juridiques de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouvernement du Québec, institutions qui font clairement partie de l'ordre juridique canadien. Comme nous le verrons, l'*amicus curiae* a lui-même plaidé que le succès de toute démarche du Québec en vue de faire sécession de la fédération canadienne serait déterminé par le droit international. Dans ces circonstances, la prise en considération du droit international dans le contexte du présent renvoi concernant les aspects juridiques de la sécession unilatérale du Québec est non seulement permise mais inévitable.

C. *La justiciabilité*

On fait valoir que, même si la Cour a compétence sur les questions soumises, les questions

themselves are not justiciable. Three main arguments are raised in this regard:

- (1) the questions are not justiciable because they are too “theoretical” or speculative;
- (2) the questions are not justiciable because they are political in nature;
- (3) the questions are not yet ripe for judicial consideration.

25

In the context of a reference, the Court, rather than acting in its traditional adjudicative function, is acting in an advisory capacity. The very fact that the Court may be asked hypothetical questions in a reference, such as the constitutionality of proposed legislation, engages the Court in an exercise it would never entertain in the context of litigation. No matter how closely the procedure on a reference may mirror the litigation process, a reference does not engage the Court in a disposition of rights. For the same reason, the Court may deal on a reference with issues that might otherwise be considered not yet “ripe” for decision.

26

Though a reference differs from the Court’s usual adjudicative function, the Court should not, even in the context of a reference, entertain questions that would be inappropriate to answer. However, given the very different nature of a reference, the question of the appropriateness of answering a question should not focus on whether the dispute is formally adversarial or whether it disposes of cognizable rights. Rather, it should consider whether the dispute is appropriately addressed by a court of law. As we stated in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 545:

While there may be many reasons why a question is non-justiciable, in this appeal the Attorney General of Canada submitted that to answer the questions would draw the Court into a political controversy and involve it in the legislative process. In exercising its discretion whether to determine a matter that is alleged to be non-justiciable, the Court’s primary concern is to retain its proper role within the constitutional framework of our democratic form of government. . . . In considering its

elles-mêmes ne sont pas justiciables. Trois arguments principaux sont avancés à cet égard:

- (1) les questions ne sont pas justiciables parce que trop «théoriques» ou conjecturales;
- (2) les questions ne sont pas justiciables parce qu’elles sont de nature politique;
- (3) les questions ne sont pas encore mûres pour faire l’objet d’un recours judiciaire.

Dans le contexte d’un renvoi, la Cour n’exerce pas sa fonction judiciaire traditionnelle, mais joue un rôle consultatif. Le fait même d’être consultée sur des questions hypothétiques dans un renvoi, par exemple la constitutionnalité d’un projet de texte législatif, entraîne la Cour dans un exercice auquel elle ne se livrerait jamais dans le contexte d’un litige. Peu importe que la procédure suivie dans un renvoi ressemble à la procédure en matière contentieuse, la Cour ne statue pas sur des droits. Pour la même raison, la Cour peut, dans un renvoi, examiner des questions qui pourraient autrement ne pas être considérées comme assez «mûres» pour faire l’objet d’un recours judiciaire.

Même si un renvoi diffère de sa fonction juridictionnelle habituelle, la Cour ne doit pas, même dans le contexte d’un renvoi, examiner des questions auxquelles il serait inapproprié de répondre. Cependant, vu la nature très différente d’un renvoi, pour décider de l’opportunité de répondre à une question, il ne faut pas s’attacher à la question de savoir si le différend a un caractère formellement contradictoire ou s’il vise à trancher des droits pouvant faire l’objet d’un recours judiciaire. Il faut plutôt se demander s’il s’agit d’un différend dont on peut à bon droit saisir une cour de justice. Comme nous l’avons affirmé dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la p. 545:

Quoiqu’une question puisse ne pas relever de la compétence des tribunaux pour bien des raisons, le procureur général du Canada a fait valoir, dans le présent pourvoi qu’en répondant aux questions, la Cour se laisserait entraîner dans une controverse politique et deviendrait engagée dans le processus législatif. Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s’il convient de répondre à une question qui, allègue-t-on, ne relève pas de la compétence des tribunaux, la Cour

appropriate role the Court must determine whether the question is purely political in nature and should, therefore, be determined in another forum or whether it has a sufficient legal component to warrant the intervention of the judicial branch. [Emphasis added.]

Thus the circumstances in which the Court may decline to answer a reference question on the basis of “non-justiciability” include:

- (i) if to do so would take the Court beyond its own assessment of its proper role in the constitutional framework of our democratic form of government or
- (ii) if the Court could not give an answer that lies within its area of expertise: the interpretation of law.

As to the “proper role” of the Court, it is important to underline, contrary to the submission of the *amicus curiae*, that the questions posed in this Reference do not ask the Court to usurp any democratic decision that the people of Quebec may be called upon to make. The questions posed by the Governor in Council, as we interpret them, are strictly limited to aspects of the legal framework in which that democratic decision is to be taken. The attempted analogy to the U.S. “political questions” doctrine therefore has no application. The legal framework having been clarified, it will be for the population of Quebec, acting through the political process, to decide whether or not to pursue secession. As will be seen, the legal framework involves the rights and obligations of Canadians who live outside the province of Quebec, as well as those who live within Quebec.

As to the “legal” nature of the questions posed, if the Court is of the opinion that it is being asked a question with a significant extralegal component, it may interpret the question so as to answer only its legal aspects; if this is not possible, the Court may decline to answer the question. In the present

doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement. [...] En s'enquérant du rôle qu'elle doit jouer, la Cour doit décider si la question qu'on lui a soumise revêt un caractère purement politique et devrait, en conséquence, être tranchée dans une autre tribune ou si elle présente un aspect suffisamment juridique pour justifier l'intervention du pouvoir judiciaire. [Nous soulignons.]

Ainsi, la Cour peut refuser, pour cause de «non-justiciabilité», de répondre à une question soumise par renvoi dans les circonstances suivantes:

- (i) en répondant à la question, la Cour outrepasserait ce qu'elle estime être le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement, ou
- (ii) la Cour ne pourrait pas donner une réponse relevant de son champ d'expertise: l'interprétation du droit.

Pour ce qui est du «rôle légitime» de la Cour, il est important de souligner que, contrairement à la prétention de l'*amicus curiae*, les questions posées dans le renvoi ne demandent pas à la Cour d'usurper un pouvoir de décision démocratique que la population du Québec peut être appelée à exercer. Suivant notre interprétation des questions posées par le gouverneur en conseil, celles-ci se limitent strictement à certains aspects du cadre juridique dans lequel cette décision démocratique doit être prise. L'analogie qu'on a tenté de faire avec la doctrine américaine des «questions politiques» ne s'applique donc pas. Le cadre juridique ayant été clarifié, il appartiendra à la population du Québec de décider, par le processus politique, de chercher ou non à réaliser la sécession. Comme nous le verrons, le cadre juridique concerne les droits et obligations tant des Canadiens qui vivent à l'extérieur de la province de Québec que de ceux qui vivent au Québec.

Pour ce qui est de la nature «juridique» des questions posées, si la Cour est d'avis qu'une question comporte un élément important à caractère non juridique, elle peut interpréter cette question de manière à ne répondre qu'à ses aspects juridiques. Si cela n'est pas possible, la Cour peut

Reference the questions may clearly be interpreted as directed to legal issues, and, so interpreted, the Court is in a position to answer them.

²⁹ Finally, we turn to the proposition that even though the questions referred to us are justiciable in the “reference” sense, the Court must still determine whether it should exercise its discretion to refuse to answer the questions on a pragmatic basis.

³⁰ Generally, the instances in which the Court has exercised its discretion to refuse to answer a reference question that is otherwise justiciable can be broadly divided into two categories. First, where the question is too imprecise or ambiguous to permit a complete or accurate answer: see, e.g., *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (*Provincial Judges Reference*), at para. 256. Second, where the parties have not provided sufficient information to allow the Court to provide a complete or accurate answer: see, e.g., *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] S.C.R. 246; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54 (*Senate Reference*); *Provincial Judges Reference*, at para. 257.

³¹ There is no doubt that the questions posed in this Reference raise difficult issues and are susceptible to varying interpretations. However, rather than refusing to answer at all, the Court is guided by the approach advocated by the majority on the “conventions” issue in *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753 (*Patriation Reference*), at pp. 875-76:

If the questions are thought to be ambiguous, this Court should not, in a constitutional reference, be in a

refuser de répondre à la question. Dans le présent renvoi, les questions peuvent clairement être considérées comme visant des questions juridiques et, de ce fait, la Cour est en mesure d'y répondre.

Enfin, il reste l'argument suivant lequel, même si les questions soumises sont justiciables en ce sens qu'elles peuvent faire l'objet d'un «renvoi», la Cour doit encore se demander si elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'y répondre pour des raisons d'ordre pragmatique.

De façon générale, on peut diviser en deux grandes catégories les cas où la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire et refusé de répondre à une question soumise par renvoi qui était par ailleurs justiciable. Premièrement, lorsque la question est trop imprécise ou ambiguë pour qu'il soit possible d'y apporter une réponse complète ou exacte: voir, par exemple, *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*), au par. 256. Deuxièmement, lorsque les parties n'ont pas fourni suffisamment d'information pour permettre à la Cour de donner des réponses complètes ou exactes: voir, par exemple, *Reference re Education System in Island of Montreal*, [1926] R.C.S. 246; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54 (*Renvoi relatif au Sénat*); *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 257.

Il ne fait aucun doute que les questions du renvoi soulèvent des points difficiles et sont susceptibles d'interprétations diverses. Toutefois, plutôt que de refuser complètement d'y répondre, la Cour est guidée par l'approche préconisée par la majorité à l'égard de la question touchant les «conventions» dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 (*Renvoi relatif au rapatriement*), aux pp. 875 et 876:

Si les questions paraissent ambiguës, la Cour ne devrait pas, dans un renvoi constitutionnel, être dans une

worse position than that of a witness in a trial and feel compelled simply to answer yes or no. Should it find that a question might be misleading, or should it simply avoid the risk of misunderstanding, the Court is free either to interpret the question . . . or it may qualify both the question and the answer. . . .

The Reference questions raise issues of fundamental public importance. It cannot be said that the questions are too imprecise or ambiguous to permit a proper legal answer. Nor can it be said that the Court has been provided with insufficient information regarding the present context in which the questions arise. Thus, the Court is duty bound in the circumstances to provide its answers.

III. Reference Questions

A. *Question 1*

Under the Constitution of Canada, can the National Assembly, legislature or government of Quebec effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?

(1) Introduction

As we confirmed in *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at p. 806, “The Constitution Act, 1982 is now in force. Its legality is neither challenged nor assailable.” The “Constitution of Canada” certainly includes the constitutional texts enumerated in s. 52(2) of the *Constitution Act, 1982*. Although these texts have a primary place in determining constitutional rules, they are not exhaustive. The Constitution also “embraces unwritten, as well as written rules”, as we recently observed in the *Provincial Judges Reference, supra*, at para. 92. Finally, as was said in the *Patriation Reference, supra*, at p. 874, the Constitution of Canada includes

the global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority in the whole and in every part of the Canadian state.

situation pire que celle d'un témoin à un procès, et se sentir obligée de répondre par oui ou par non. Si elle estime qu'une question peut être trompeuse ou si elle veut seulement éviter de risquer un malentendu, il lui est loisible d'interpréter la question [...] ou de nuancer à la fois la question et la réponse . . .

Les questions du renvoi revêtent une importance fondamentale pour le public. On ne peut affirmer que les questions sont trop imprécises ou ambiguës pour qu'il soit possible d'y répondre correctement en droit. On ne peut pas dire non plus que la Cour n'a pas reçu suffisamment d'information sur le contexte actuel dans lequel les questions sont soulevées. Dans les circonstances, la Cour est donc tenue d'y répondre.

III. Les questions du renvoi

A. *Question 1*

L’Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec peut-il, en vertu de la Constitution du Canada, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

(1) Introduction

Comme nous l'avons confirmé dans le *Renvoi: Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, à la p. 806: «La Loi constitutionnelle de 1982 est maintenant en vigueur. Sa légalité n'est ni contestée ni contestable.» La «Constitution du Canada» comprend certainement les textes énumérés au par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Même si ces textes jouent un rôle de premier ordre dans la détermination des règles constitutionnelles, ils ne sont pas exhaustifs. La Constitution «comprend des règles non écrites — et écrites —», comme nous l'avons souligné récemment dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 92. Enfin, selon le *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 874, la Constitution du Canada comprend

le système global des règles et principes qui régissent la répartition ou l'exercice des pouvoirs constitutionnels dans l'ensemble et dans chaque partie de l'État canadien.

These supporting principles and rules, which include constitutional conventions and the workings of Parliament, are a necessary part of our Constitution because problems or situations may arise which are not expressly dealt with by the text of the Constitution. In order to endure over time, a constitution must contain a comprehensive set of rules and principles which are capable of providing an exhaustive legal framework for our system of government. Such principles and rules emerge from an understanding of the constitutional text itself, the historical context, and previous judicial interpretations of constitutional meaning. In our view, there are four fundamental and organizing principles of the Constitution which are relevant to addressing the question before us (although this enumeration is by no means exhaustive): federalism; democracy; constitutionalism and the rule of law; and respect for minorities. The foundation and substance of these principles are addressed in the following paragraphs. We will then turn to their specific application to the first reference question before us.

(2) Historical Context: The Significance of Confederation

33

In our constitutional tradition, legality and legitimacy are linked. The precise nature of this link will be discussed below. However, at this stage, we wish to emphasize only that our constitutional history demonstrates that our governing institutions have adapted and changed to reflect changing social and political values. This has generally been accomplished by methods that have ensured continuity, stability and legal order.

34

Because this Reference deals with questions fundamental to the nature of Canada, it should not be surprising that it is necessary to review the context in which the Canadian union has evolved. To this end, we will briefly describe the legal evolution of the Constitution and the foundational principles governing constitutional amendments. Our purpose is not to be exhaustive, but to highlight the features most relevant in the context of this Reference.

Ces règles et principes de base, qui comprennent les conventions constitutionnelles et les rouages du Parlement, font nécessairement partie de notre Constitution, parce qu'il peut survenir des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévus dans le texte de la Constitution. Pour résister au passage du temps, une constitution doit comporter un ensemble complet de règles et de principes offrant un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement. Ces règles et principes ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle. À notre avis, quatre principes constitutionnels directeurs fondamentaux sont pertinents pour répondre à la question posée (cette énumération n'étant pas exhaustive): le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités. Nous traitons du fondement et de la substance de ces principes dans les prochains paragraphes. Nous examinons ensuite leur application particulière à la première question du renvoi.

(2) Le contexte historique: l'importance de la Confédération

Dans notre tradition constitutionnelle, légalité et légitimité sont liées. La nature précise de ce lien sera examinée plus loin. Toutefois, à ce stade-ci, nous tenons simplement à souligner que notre histoire constitutionnelle démontre que nos institutions gouvernementales ont su changer et s'adapter à l'évolution des valeurs sociales et politiques. Ces changements ont généralement été apportés par des moyens qui ont permis d'assurer la continuité, la stabilité et l'ordre juridique.

Puisque le renvoi porte sur des questions fondamentales pour la nature du Canada, il n'est pas étonnant qu'il faille s'arrêter au contexte dans lequel l'union canadienne a évolué. À cette fin, nous décrirons brièvement l'évolution juridique de la Constitution et les principes fondamentaux qui régissent les modifications constitutionnelles. Notre but n'est pas d'en faire un examen exhaustif, mais simplement de souligner les caractéristiques les plus pertinentes dans le contexte du présent renvoi.

Confederation was an initiative of elected representatives of the people then living in the colonies scattered across part of what is now Canada. It was not initiated by Imperial *fiat*. In March 1864, a select committee of the Legislative Assembly of the Province of Canada, chaired by George Brown, began to explore prospects for constitutional reform. The committee's report, released in June 1864, recommended that a federal union encompassing Canada East and Canada West, and perhaps the other British North American colonies, be pursued. A group of Reformers from Canada West, led by Brown, joined with Étienne P. Taché and John A. Macdonald in a coalition government for the purpose of engaging in constitutional reform along the lines of the federal model proposed by the committee's report.

An opening to pursue federal union soon arose. The leaders of the maritime colonies had planned to meet at Charlottetown in the fall to discuss the perennial topic of maritime union. The Province of Canada secured invitations to send a Canadian delegation. On September 1, 1864, 23 delegates (five from New Brunswick, five from Nova Scotia, five from Prince Edward Island, and eight from the Province of Canada) met in Charlottetown. After five days of discussion, the delegates reached agreement on a plan for federal union.

The salient aspects of the agreement may be briefly outlined. There was to be a federal union featuring a bicameral central legislature. Representation in the Lower House was to be based on population, whereas in the Upper House it was to be based on regional equality, the regions comprising Canada East, Canada West and the Maritimes. The significance of the adoption of a federal form of government cannot be exaggerated. Without it, neither the agreement of the delegates from Canada East nor that of the delegates from the maritime colonies could have been obtained.

Several matters remained to be resolved, and so the Charlottetown delegates agreed to meet again at Quebec in October, and to invite Newfoundland

La Confédération résulte d'une initiative de représentants élus des habitants des diverses colonies établies sur une partie du territoire du Canada actuel. Elle ne résulte pas d'un *fiat* impérial. En mars 1864, un comité spécial de l'Assemblée législative de la province du Canada, présidé par George Brown, commence à examiner les possibilités de réforme constitutionnelle. Dans son rapport, déposé en juin 1864, le comité recommande l'établissement d'une union fédérale formée du Canada-Est, du Canada-Ouest et peut-être d'autres colonies britanniques en Amérique du Nord. Un groupe de réformistes du Canada-Ouest, dirigés par Brown, se joint à Étienne P. Taché et John A. Macdonald dans un gouvernement de coalition afin d'entreprendre une réforme constitutionnelle selon le modèle fédéral proposé dans le rapport du comité.

Une occasion se présente rapidement de donner suite au projet d'union fédérale. Les leaders des colonies des Maritimes projettent en effet de se rencontrer à Charlottetown à l'automne pour discuter à nouveau de l'union des Maritimes. La province du Canada obtient l'invitation d'une délégation canadienne. Le 1^{er} septembre 1864, 23 délégués (cinq du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse, cinq de l'Île-du-Prince-Édouard et huit de la province du Canada) se réunissent à Charlottetown. Après cinq jours de discussion, les délégués s'entendent sur un projet d'union fédérale.

Les principaux aspects de l'accord comportent une union fédérale, dotée d'une législature centrale bicamérale; une représentation fondée, à la Chambre Basse, sur la population et, à la Chambre Haute, sur le principe de l'égalité des régions, soit le Canada-Est, le Canada-Ouest et les Maritimes. On ne saurait trop insister sur l'importance de l'adoption d'une forme fédérale de gouvernement. Sans elle, ni l'accord des délégués du Canada-Est ni celui des colonies maritimes n'auraient pu être obtenus.

Comme il reste plusieurs questions à régler, les délégués de Charlottetown conviennent de se réunir de nouveau à Québec en octobre et d'inviter

35

36

37

38

to send a delegation to join them. The Quebec Conference began on October 10, 1864. Thirty-three delegates (two from Newfoundland, seven from New Brunswick, five from Nova Scotia, seven from Prince Edward Island, and twelve from the Province of Canada) met over a two and a half week period. Precise consideration of each aspect of the federal structure preoccupied the political agenda. The delegates approved 72 resolutions, addressing almost all of what subsequently made its way into the final text of the *Constitution Act, 1867*. These included guarantees to protect French language and culture, both directly (by making French an official language in Quebec and Canada as a whole) and indirectly (by allocating jurisdiction over education and "Property and Civil Rights in the Province" to the provinces). The protection of minorities was thus reaffirmed.

Terre-Neuve à y envoyer une délégation. La conférence de Québec commence le 10 octobre 1864. Trente-trois délégués (deux de Terre-Neuve, sept du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse, sept de l'Île-du-Prince-Édouard et douze de la province du Canada) se réunissent pendant deux semaines et demie. L'examen minutieux de chaque aspect de la structure fédérale domine l'ordre du jour politique. Les délégués approuvent 72 résolutions, touchant presque tout ce qui formera plus tard le texte final de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Y figurent des garanties visant à protéger la langue et la culture françaises, à la fois directement (en faisant du français une langue officielle au Québec et dans l'ensemble du Canada) et indirectement (en attribuant aux provinces la compétence sur l'éducation et sur «[l]a propriété et les droits civils dans la province»). La protection des minorités est ainsi réaffirmée.

39

Legally, there remained only the requirement to have the Quebec Resolutions put into proper form and passed by the Imperial Parliament in London. However, politically, it was thought that more was required. Indeed, Resolution 70 provided that "The Sanction of the Imperial and Local Parliaments shall be sought for the Union of the Provinces, on the principles adopted by the Conference." (Cited in J. Pope, ed., *Confederation: Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the British North America Act (1895)*, at p. 52 (emphasis added).)

Légalement, il ne reste qu'à mettre les Résolutions de Québec sous une forme appropriée et à les faire adopter par le Parlement impérial à Londres. Politiquement, toutefois, on estime qu'il reste davantage à faire. De fait, la résolution 70 dit ceci: «L'on devra réclamer la sanction du parlement impérial et des parlements locaux, pour l'union des provinces, sur les principes adoptés par la convention.» (*Débats parlementaires sur la question de la Confédération* (1865), à la p. 5 (nous soulignons).)

40

Confirmation of the Quebec Resolutions was achieved more smoothly in central Canada than in the Maritimes. In February and March 1865, the Quebec Resolutions were the subject of almost six weeks of sustained debate in both houses of the Canadian legislature. The Canadian Legislative Assembly approved the Quebec Resolutions in March 1865 with the support of a majority of members from both Canada East and Canada West. The governments of both Prince Edward Island and Newfoundland chose, in accordance with popular sentiment in both colonies, not to accede to the Quebec Resolutions. In New Brunswick, a general election was required before Premier Tilley's pro-Confederation party prevailed. In Nova Scotia,

La confirmation des Résolutions de Québec est obtenue plus facilement dans le Canada central que dans les Maritimes. En février et en mars 1865, les Résolutions de Québec sont débattues de façon soutenue pendant près de six semaines par les deux chambres de la législature canadienne. L'Assemblée législative canadienne approuve les Résolutions de Québec en mars 1865, avec l'appui d'une majorité de députés tant du Canada-Est que du Canada-Ouest. Le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard et celui de Terre-Neuve choisissent, conformément au sentiment populaire dans ces colonies, de ne pas donner leur assentiment aux Résolutions de Québec. Au Nouveau-Brunswick, une élection générale doit être tenue avant

Premier Tupper ultimately obtained a resolution from the House of Assembly favouring Confederation.

Sixteen delegates (five from New Brunswick, five from Nova Scotia, and six from the Province of Canada) met in London in December 1866 to finalize the plan for Confederation. To this end, they agreed to some slight modifications and additions to the Quebec Resolutions. Minor changes were made to the distribution of powers, provision was made for the appointment of extra senators in the event of a deadlock between the House of Commons and the Senate, and certain religious minorities were given the right to appeal to the federal government where their denominational school rights were adversely affected by provincial legislation. The British North America Bill was drafted after the London Conference with the assistance of the Colonial Office, and was introduced into the House of Lords in February 1867. The Act passed third reading in the House of Commons on March 8, received royal assent on March 29, and was proclaimed on July 1, 1867. The Dominion of Canada thus became a reality.

There was an early attempt at secession. In the first Dominion election in September 1867, Premier Tupper's forces were decimated: members opposed to Confederation won 18 of Nova Scotia's 19 federal seats, and in the simultaneous provincial election, 36 of the 38 seats in the provincial legislature. Newly-elected Premier Joseph Howe led a delegation to the Imperial Parliament in London in an effort to undo the new constitutional arrangements, but it was too late. The Colonial Office rejected Premier Howe's plea to permit Nova Scotia to withdraw from Confederation. As the Colonial Secretary wrote in 1868:

que le parti pro-confédération du premier ministre Tilley l'emporte. En Nouvelle-Écosse, le premier ministre Tupper obtient finalement une résolution de la Chambre d'assemblée en faveur de la Confédération.

41

Seize délégués (cinq du Nouveau-Brunswick, cinq de la Nouvelle-Écosse et six de la province du Canada) se rencontrent à Londres, en décembre 1866, pour finaliser le projet de Confédération. À cette fin, ils conviennent d'apporter de légers changements et ajouts aux Résolutions de Québec. Des modifications mineures sont faites au partage des pouvoirs, on pourvoit à la nomination de sénateurs supplémentaires en cas d'impasse entre la Chambre des communes et le Sénat, et on accorde à certaines minorités religieuses le droit de faire appel au gouvernement fédéral dans le cas où une loi provinciale porterait atteinte à leurs droits en matière d'écoles confessionnelles. Le projet d'Acte de l'Amérique du Nord britannique est rédigé après la Conférence de Londres, avec l'aide du ministère britannique des Affaires coloniales, et déposé à la Chambre des lords en février 1867. L'Acte, adopté en troisième lecture à la Chambre des communes le 8 mars 1867, reçoit la sanction royale le 29 mars et est proclamé le 1^{er} juillet de la même année. Le Dominion du Canada est devenu une réalité.

42

Il y a très tôt une tentative de sécession. Le parti du premier ministre Tupper est décimé dans la première élection fédérale en septembre 1867. Les députés opposés à la Confédération remportent 18 des 19 sièges fédéraux de la Nouvelle-Écosse, et 36 des 38 sièges à la législature provinciale au cours des élections provinciales tenues au même moment. Le premier ministre nouvellement élu, Joseph Howe, se rend au parlement impérial à Londres, à la tête d'une délégation, dans le but de faire annuler les arrangements constitutionnels, mais il est trop tard. Le ministère des Affaires coloniales rejette la requête du premier ministre Howe demandant que la Nouvelle-Écosse soit autorisée à se retirer de la Confédération. Voici ce qu'écrivit le secrétaire aux Affaires coloniales en 1868:

The neighbouring province of New Brunswick has entered into the union in reliance on having with it the sister province of Nova Scotia; and vast obligations, political and commercial, have already been contracted on the faith of a measure so long discussed and so solemnly adopted. . . . I trust that the Assembly and the people of Nova Scotia will not be surprised that the Queen's government feel that they would not be warranted in advising the reversal of a great measure of state, attended by so many extensive consequences already in operation. . . .

(Quoted in H. Wade MacLauchlan, “Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference” (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 155, at p. 168.)

The interdependence characterized by “vast obligations, political and commercial”, referred to by the Colonial Secretary in 1868, has, of course, multiplied immeasurably in the last 130 years.

43

Federalism was a legal response to the underlying political and cultural realities that existed at Confederation and continue to exist today. At Confederation, political leaders told their respective communities that the Canadian union would be able to reconcile diversity with unity. It is pertinent, in the context of the present Reference, to mention the words of George-Étienne Cartier (cited in the *Parliamentary Debates on the subject of the Confederation* (1865), at p. 60):

Now, when we [are] united together, if union [is] attained, we [shall] form a political nationality with which neither the national origin, nor the religion of any individual, [will] interfere. It was lamented by some that we had this diversity of races, and hopes were expressed that this distinctive feature would cease. The idea of unity of races [is] utopian — it [is] impossible. Distinctions of this kind [will] always exist. Dissimilarity, in fact, appear[s] to be the order of the physical world and of the moral world, as well as in the political world. But with regard to the objection based on this fact, to the effect that a great nation [can]not be formed because Lower Canada [is] in great part French and Catholic, and Upper Canada [is] British and Protestant, and the Lower Provinces [are] mixed, it [is] futile and worthless in the extreme. . . . In our own Federation we [will] have

[TRADUCTION] La province voisine, le Nouveau-Brunswick, est entrée dans l'union en comptant sur la participation de la province-sœur, la Nouvelle-Écosse; de plus, de vastes obligations, politiques et commerciales, ont déjà été contractées sur la foi d'une mesure longuement négociée et adoptée solennellement. [.] Je suis confiant que l'Assemblée et les habitants de la Nouvelle-Écosse ne seront pas surpris du fait que le gouvernement de Sa Majesté estime qu'il ne serait pas justifié de conseiller l'annulation d'une grande mesure étatique, qui a tant de conséquences considérables produisant déjà leurs effets. . . .

(Propos cités dans H. Wade MacLauchlan, «Accounting for Democracy and the Rule of Law in the Quebec Secession Reference» (1997), 76 *R. du B. can.* 155, à la p. 168.)

L'interdépendance caractérisée par de «vastes obligations politiques et commerciales», dont fait mention le secrétaire aux Affaires Coloniales en 1868, s'est évidemment accrue de façon incommensurable au cours des 130 dernières années.

Le fédéralisme était la réponse juridique aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l'époque de la Confédération et qui existent toujours aujourd'hui. À l'époque de la Confédération, les dirigeants politiques avaient dit à leur collectivité respective que l'union canadienne permettrait de concilier unité et diversité. Il est pertinent, dans le contexte du présent renvoi, de faire état des propos de George-Étienne Cartier (cités dans les *Débats parlementaires sur la question de la Confédération*, *op. cit.*, à la p. 59):

Lorsque nous serons unis, si toutefois nous le devenons, nous formerons une nationalité politique indépendante de l'origine nationale, ou de la religion d'aucun individu. Il en est qui ont regretté qu'il y eut diversité de races et qui ont exprimé l'espoir que ce caractère distinctif disparaîtrait. L'idée de l'unité des races est une utopie; c'est une impossibilité. Une distinction de cette nature existera toujours, de même que la dissemblance paraît être dans l'ordre du monde physique, moral et politique. Quant à l'objection basée sur ce fait, qu'une grande nation ne peut pas être formée parce que le Bas-Canada est en grande partie français et catholique et que le Haut-Canada est anglais et protestant, et que les provinces inférieures sont mixtes, elle constitue, à mon avis, un raisonnement futile à l'extrême. [.] Dans notre propre fédération, nous aurons des catholiques et

Catholic and Protestant, English, French, Irish and Scotch, and each by his efforts and his success [will] increase the prosperity and glory of the new Confederacy. . . . [W]e [are] of different races, not for the purpose of warring against each other, but in order to compete and emulate for the general welfare.

The federal-provincial division of powers was a legal recognition of the diversity that existed among the initial members of Confederation, and manifested a concern to accommodate that diversity within a single nation by granting significant powers to provincial governments. The *Constitution Act, 1867* was an act of nation-building. It was the first step in the transition from colonies separately dependent on the Imperial Parliament for their governance to a unified and independent political state in which different peoples could resolve their disagreements and work together toward common goals and a common interest. Federalism was the political mechanism by which diversity could be reconciled with unity.

A federal-provincial division of powers necessitated a written constitution which circumscribed the powers of the new Dominion and Provinces of Canada. Despite its federal structure, the new Dominion was to have “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom” (*Constitution Act, 1867*, preamble). Allowing for the obvious differences between the governance of Canada and the United Kingdom, it was nevertheless thought important to thus emphasize the continuity of constitutional principles, including democratic institutions and the rule of law; and the continuity of the exercise of sovereign power transferred from Westminster to the federal and provincial capitals of Canada.

After 1867, the Canadian federation continued to evolve both territorially and politically. New territories were admitted to the union and new provinces were formed. In 1870, Rupert’s Land and the Northwest Territories were admitted and Manitoba was formed as a province. British Columbia was admitted in 1871, Prince Edward Island in 1873,

des protestants, des anglais, des français, des irlandais et des écossais, et chacun, par ses efforts et ses succès, ajoutera à la prospérité et à la gloire de la nouvelle confédération. Nous sommes de races différentes, non pas pour nous faire la guerre, mais afin de travailler conjointement à notre propre bien-être.

Le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces était une reconnaissance juridique de la diversité des premiers membres de la Confédération, et il témoignait du souci de respecter cette diversité au sein d’une seule et même nation en accordant d’importants pouvoirs aux gouvernements provinciaux. La *Loi constitutionnelle de 1867* était un acte d’édification d’une nation. Elle était la première étape de la transformation de colonies dépendant chacune du Parlement impérial pour leur administration en un État politique unifié et indépendant où des peuples différents pouvaient résoudre leurs divergences et, animés par un intérêt mutuel, travailler ensemble à la réalisation d’objectifs communs. Le fédéralisme était la structure politique qui permettait de concilier unité et diversité.

Le partage des pouvoirs au sein de la fédération nécessitait une constitution écrite délimitant les pouvoirs du nouveau Dominion et des provinces du Canada. Malgré sa structure fédérale, le nouveau Dominion allait être doté d’«une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni» (*Loi constitutionnelle de 1867*, préambule). Malgré les différences évidentes dans les structures gouvernementales du Canada et du Royaume Uni, on estimait important néanmoins de souligner la continuité des principes constitutionnels, notamment les institutions démocratiques et la primauté du droit, ainsi que la continuité de l’exercice du pouvoir souverain transféré de Westminster aux capitales fédérale et provinciales du Canada.

Après 1867, la fédération canadienne continue à évoluer tant sur le plan territorial que sur le plan politique. De nouveaux territoires sont admis dans l’union et de nouvelles provinces sont formées. En 1870, la Terre de Rupert et les Territoires du Nord-Ouest sont admis et le Manitoba est constitué en province. La Colombie-Britannique est admise en

and the Arctic Islands were added in 1880. In 1898, the Yukon Territory and in 1905, the provinces of Alberta and Saskatchewan were formed from the Northwest Territories. Newfoundland was admitted in 1949 by an amendment to the *Constitution Act, 1867*. The new territory of Nunavut was carved out of the Northwest Territories in 1993 with the partition to become effective in April 1999.

⁴⁶ Canada's evolution from colony to fully independent state was gradual. The Imperial Parliament's passage of the *Statute of Westminster, 1931* (U.K.), 22 & 23 Geo. 5, c. 4, confirmed in law what had earlier been confirmed in fact by the Balfour Declaration of 1926, namely, that Canada was an independent country. Thereafter, Canadian law alone governed in Canada, except where Canada expressly consented to the continued application of Imperial legislation. Canada's independence from Britain was achieved through legal and political evolution with an adherence to the rule of law and stability. The proclamation of the *Constitution Act, 1982* removed the last vestige of British authority over the Canadian Constitution and re-affirmed Canada's commitment to the protection of its minority, aboriginal, equality, legal and language rights, and fundamental freedoms as set out in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

⁴⁷ Legal continuity, which requires an orderly transfer of authority, necessitated that the 1982 amendments be made by the Westminster Parliament, but the legitimacy as distinguished from the formal legality of the amendments derived from political decisions taken in Canada within a legal framework which this Court, in the *Patriation Reference*, had ruled was in accordance with our Constitution. It should be noted, parenthetically, that the 1982 amendments did not alter the basic division of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, which is the primary textual expression of the principle of federalism in our Constitution,

1871 et l'Île-du-Prince-Édouard en 1873, et les îles de l'Arctique sont ajoutées en 1880. Le territoire du Yukon, en 1898, et les provinces d'Alberta et de la Saskatchewan, en 1905, sont taillés à même les Territoires du Nord-Ouest. Terre-Neuve est admise en 1949 par modification de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le nouveau territoire du Nunavut est découpé dans les Territoires du Nord-Ouest en 1993, cette partition prenant effet à compter d'avril 1999.

L'évolution du Canada du statut de colonie à celui d'État indépendant a été graduelle. L'adoption par le parlement impérial du *Statut de Westminster de 1931* (R.-U.), 22 & 23 Geo. 5, ch. 4, a confirmé en droit ce qui avait été confirmé plus tôt dans les faits par la Déclaration Balfour de 1926, savoir que le Canada était un pays indépendant. Par la suite, seul le droit canadien devait s'appliquer au Canada, à moins que le Canada ne consente expressément au maintien de l'application d'une loi impériale. Le Canada a réalisé son indépendance de la Grande-Bretagne au moyen d'une évolution politique et juridique marquée par l'adhésion aux principes de la primauté du droit et de la stabilité. La proclamation de la *Loi constitutionnelle de 1982* a éliminé les derniers vestiges de l'autorité britannique sur la Constitution canadienne et réaffirmé l'engagement du Canada envers la protection des droits des minorités et des autochtones, du droit à l'égalité, des droits linguistiques, des garanties juridiques et des libertés fondamentales énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Pour assurer la continuité juridique, qui requiert un transfert ordonné des pouvoirs, les modifications de 1982 devaient être apportées par le Parlement de Westminster. Toutefois, la légitimité de ces modifications, par opposition à leur légalité formelle, découlait de décisions politiques prises au Canada, dans un cadre juridique que notre Cour avait déclaré conforme à la Constitution canadienne dans le *Renvoi relatif au rapatriement*. Entre parenthèses, il faut signaler que les modifications de 1982 n'ont pas touché au partage des pouvoirs établi aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui constitue la principale

agreed upon at Confederation. It did, however, have the important effect that, despite the refusal of the government of Quebec to join in its adoption, Quebec has become bound to the terms of a Constitution that is different from that which prevailed previously, particularly as regards provisions governing its amendment, and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As to the latter, to the extent that the scope of legislative powers was thereafter to be constrained by the *Charter*, the constraint operated as much against federal legislative powers as against provincial legislative powers. Moreover, it is to be remembered that s. 33, the “notwithstanding clause”, gives Parliament and the provincial legislatures authority to legislate on matters within their jurisdiction in derogation of the fundamental freedoms (s. 2), legal rights (ss. 7 to 14) and equality rights (s. 15) provisions of the *Charter*.

We think it apparent from even this brief historical review that the evolution of our constitutional arrangements has been characterized by adherence to the rule of law, respect for democratic institutions, the accommodation of minorities, insistence that governments adhere to constitutional conduct and a desire for continuity and stability. We now turn to a discussion of the general constitutional principles that bear on the present Reference.

(3) Analysis of the Constitutional Principles

(a) Nature of the Principles

What are those underlying principles? Our Constitution is primarily a written one, the product of 131 years of evolution. Behind the written word is an historical lineage stretching back through the ages, which aids in the consideration of the underlying constitutional principles. These principles inform and sustain the constitutional text: they are the vital unstated assumptions upon which the text is based. The following discussion addresses the

expression textuelle dans notre Constitution du principe du fédéralisme dont il a été convenu au moment de la Confédération. Toutefois, elles ont eu un effet important en ce que, malgré le refus du gouvernement du Québec de souscrire à leur adoption, le Québec est devenu lié par les termes d'une Constitution qui est différente de celle qui était en vigueur jusque-là, notamment quant aux dispositions régissant sa modification et la *Charte canadienne des droits et libertés*. Quant à cette dernière, dans la mesure où la portée des pouvoirs législatifs est limitée depuis par la *Charte*, cette limitation s'applique autant aux pouvoirs législatifs fédéraux qu'aux pouvoirs législatifs provinciaux. Qui plus est, il faut rappeler que l'art. 33, la «clause de dérogation», donne au Parlement et aux législatures provinciales le pouvoir d'adopter, dans les domaines relevant de leurs compétences respectives, des lois dérogeant aux dispositions de la *Charte* qui concernent les libertés fondamentales (art. 2), les garanties juridiques (art. 7 à 14) et les droits à l'égalité (art. 15).

Nous estimons qu'il ressort de façon évidente, même d'un aussi bref rappel historique, que l'évolution de nos arrangements constitutionnels a été marquée par l'adhésion aux principes de la primauté du droit, le respect des institutions démocratiques, la prise en compte des minorités, l'insistance sur le maintien par les gouvernements d'une conduite respectueuse de la Constitution et par un désir de continuité et de stabilité. Nous passons maintenant à l'analyse des grands principes constitutionnels qui ont une incidence dans le présent renvoi.

(3) L'analyse des principes constitutionnels

a) La nature des principes

Quels sont ces principes fondamentaux? Notre Constitution est principalement une Constitution écrite et le fruit de 131 années d'évolution. Derrière l'écrit transparaissent des origines historiques très anciennes qui aident à comprendre les principes constitutionnels sous-jacents. Ces principes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution: ils en sont les prémisses inexprimées. L'analyse qui suit traite des quatre principes constitutionnels

four foundational constitutional principles that are most germane for resolution of this Reference: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minority rights. These defining principles function in symbiosis. No single principle can be defined in isolation from the others, nor does any one principle trump or exclude the operation of any other.

50

Our Constitution has an internal architecture, or what the majority of this Court in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 57, called a “basic constitutional structure”. The individual elements of the Constitution are linked to the others, and must be interpreted by reference to the structure of the Constitution as a whole. As we recently emphasized in the *Provincial Judges Reference*, certain underlying principles infuse our Constitution and breathe life into it. Speaking of the rule of law principle in the *Manitoba Language Rights Reference, supra*, at p. 750, we held that “the principle is clearly implicit in the very nature of a Constitution”. The same may be said of the other three constitutional principles we underscore today.

51

Although these underlying principles are not explicitly made part of the Constitution by any written provision, other than in some respects by the oblique reference in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, it would be impossible to conceive of our constitutional structure without them. The principles dictate major elements of the architecture of the Constitution itself and are as such its lifeblood.

52

The principles assist in the interpretation of the text and the delineation of spheres of jurisdiction, the scope of rights and obligations, and the role of our political institutions. Equally important, observance of and respect for these principles is essential to the ongoing process of constitutional development and evolution of our Constitution as a “living tree”, to invoke the famous description in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136. As this Court indicated in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, Canadians have long recognized the

fondamentaux qui intéressent le plus directement le présent renvoi: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités. Ces principes déterminants fonctionnent en symbiose. Aucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l’application d’aucun autre.

Notre Constitution a une architecture interne, ce que notre Cour à la majorité, dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, à la p. 57, a appelé une «structure constitutionnelle fondamentale». Chaque élément individuel de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l’ensemble de sa structure. Dans le récent *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, nous avons souligné que certains grands principes imprègnent la Constitution et lui donnent vie. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 750, nous avons dit de la primauté du droit que ce «principe est nettement implicite de par la nature même d’une constitution». On peut dire la même chose des trois autres principes constitutionnels analysés ici.

Bien que ces principes sous-jacents ne soient pas expressément inclus dans la Constitution, en vertu d'une disposition écrite, sauf pour certains par une allusion indirecte dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il serait impossible de concevoir notre structure constitutionnelle sans eux. Ces principes ont dicté des aspects majeurs de l'architecture même de la Constitution et en sont la force vitale.

Ces principes guident l'interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques. Fait tout aussi important, le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d'évolution et de développement de notre Constitution, cet [TRADUCTION] «arbre vivant» selon la célèbre description de l'arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), à la p. 136. Notre Cour a indiqué dans *New-Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, que les Canadiens

existence and importance of unwritten constitutional principles in our system of government.

Given the existence of these underlying constitutional principles, what use may the Court make of them? In the *Provincial Judges Reference*, *supra*, at paras. 93 and 104, we cautioned that the recognition of these constitutional principles (the majority opinion referred to them as “organizing principles” and described one of them, judicial independence, as an “unwritten norm”) could not be taken as an invitation to dispense with the written text of the Constitution. On the contrary, we confirmed that there are compelling reasons to insist upon the primacy of our written constitution. A written constitution promotes legal certainty and predictability, and it provides a foundation and a touchstone for the exercise of constitutional judicial review. However, we also observed in the *Provincial Judges Reference* that the effect of the preamble to the *Constitution Act, 1867* was to incorporate certain constitutional principles by reference, a point made earlier in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 462-63. In the *Provincial Judges Reference*, at para. 104, we determined that the preamble “invites the courts to turn those principles into the premises of a constitutional argument that culminates in the filling of gaps in the express terms of the constitutional text”.

Underlying constitutional principles may in certain circumstances give rise to substantive legal obligations (have “full legal force”, as we described it in the *Patriation Reference*, *supra*, at p. 845), which constitute substantive limitations upon government action. These principles may give rise to very abstract and general obligations, or they may be more specific and precise in nature. The principles are not merely descriptive, but are also invested with a powerful normative force, and are binding upon both courts and governments. “In other words”, as this Court confirmed in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 752,

reconnaissent depuis longtemps l’existence et l’importance des principes constitutionnels non écrits de notre système de gouvernement.

Étant donné l’existence de ces principes constitutionnels sous-jacents, de quelle façon notre Cour peut-elle les utiliser? Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, aux par. 93 et 104, nous avons apporté la réserve que la reconnaissance de ces principes constitutionnels (l’opinion majoritaire parle de «principes structurels» et décrit l’un d’eux, l’indépendance de la magistrature, comme une norme non écrite) n’est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution. Bien au contraire, nous avons réaffirmé qu’il existe des raisons impératives d’insister sur la primauté de notre Constitution écrite. Une constitution écrite favorise la certitude et la prévisibilité juridiques, et fournit les fondements et la pierre de touche du contrôle judiciaire en matière constitutionnelle. Nous avons toutefois signalé dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait pour effet d’incorporer par renvoi certains principes constitutionnels, proposition affirmée auparavant par l’arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 462 et 463. Dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, au par. 104, nous avons statué que le préambule «invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d’une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel».

Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont «plein effet juridique» selon les termes du *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, à la p. 845) qui posent des limites substantielles à l’action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d’une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements. «En d’autres termes», comme l’affirme notre Cour

“in the process of Constitutional adjudication, the Court may have regard to unwritten postulates which form the very foundation of the Constitution of Canada”. It is to a discussion of those underlying constitutional principles that we now turn.

(b) *Federalism*

55

It is undisputed that Canada is a federal state. Yet many commentators have observed that, according to the precise terms of the *Constitution Act, 1867*, the federal system was only partial. See, e.g., K. C. Wheare, *Federal Government* (4th ed. 1963), at pp. 18-20. This was so because, on paper, the federal government retained sweeping powers which threatened to undermine the autonomy of the provinces. Here again, however, a review of the written provisions of the Constitution does not provide the entire picture. Our political and constitutional practice has adhered to an underlying principle of federalism, and has interpreted the written provisions of the Constitution in this light. For example, although the federal power of disallowance was included in the *Constitution Act, 1867*, the underlying principle of federalism triumphed early. Many constitutional scholars contend that the federal power of disallowance has been abandoned (e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4th ed. 1997), at p. 120).

56

In a federal system of government such as ours, political power is shared by two orders of government: the federal government on the one hand, and the provinces on the other. Each is assigned respective spheres of jurisdiction by the *Constitution Act, 1867*. See, e.g., *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437 (P.C.), at pp. 441-42. It is up to the courts “to control the limits of the respective sovereignties”: *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733, at p. 741. In interpreting our Constitution, the courts have always been concerned with the federalism principle, inherent in the structure of our constitutional

dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, «dans les décisions constitutionnelles, la Cour peut tenir compte des postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada» (p. 752). Ce sont ces principes constitutionnels sous-jacents que nous allons analyser maintenant.

b) *Le fédéralisme*

On ne conteste pas que le Canada est un État fédéral. Pourtant plusieurs auteurs ont noté que les termes précis de la *Loi constitutionnelle de 1867* n’en font qu’un État partiellement fédéral. Voir, par exemple, K. C. Wheare, *Federal Government* (4^e éd. 1963), aux pp. 18 à 20. Cela tenait à ce que, selon les textes, le gouvernement fédéral conservait de vastes pouvoirs qui menaçaient de saper l’autonomie des provinces. Ici encore, cependant, un examen du texte des dispositions de la Constitution ne fournit pas une image complète. Nos usages politiques et constitutionnels ont respecté le principe sous-jacent du fédéralisme et ont appuyé une interprétation du texte de la Constitution conforme à ce principe. Par exemple, bien que le pouvoir fédéral de désaveu ait été inclus dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, le principe sous-jacent du fédéralisme a triomphé très rapidement. De nombreux auteurs estiment que le pouvoir fédéral de désaveu a été abandonné (par exemple, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4^e éd. 1997), à la p. 120).

Dans un système fédéral de gouvernement comme le nôtre, le pouvoir politique est partagé entre deux ordres de gouvernement: le gouvernement fédéral, d’une part, et les provinces, de l’autre. La *Loi constitutionnelle de 1867* a attribué à chacun d’eux sa propre sphère de compétence. Voir, par exemple, *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New-Brunswick*, [1892] A.C. 437 (C.P.), aux pp. 441 et 442. Il appartient aux tribunaux de «contrôle[r] les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements», *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, à la p. 741. Dans leur interprétation de notre Constitution, les tribu-

arrangements, which has from the beginning been the lodestar by which the courts have been guided.

This underlying principle of federalism, then, has exercised a role of considerable importance in the interpretation of the written provisions of our Constitution. In the *Patriation Reference*, *supra*, at pp. 905-9, we confirmed that the principle of federalism runs through the political and legal systems of Canada. Indeed, Martland and Ritchie JJ., dissenting in the *Patriation Reference*, at p. 821, considered federalism to be “the dominant principle of Canadian constitutional law”. With the enactment of the *Charter*, that proposition may have less force than it once did, but there can be little doubt that the principle of federalism remains a central organizational theme of our Constitution. Less obviously, perhaps, but certainly of equal importance, federalism is a political and legal response to underlying social and political realities.

The principle of federalism recognizes the diversity of the component parts of Confederation, and the autonomy of provincial governments to develop their societies within their respective spheres of jurisdiction. The federal structure of our country also facilitates democratic participation by distributing power to the government thought to be most suited to achieving the particular societal objective having regard to this diversity. The scheme of the *Constitution Act, 1867*, it was said in *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (P.C.), at p. 942, was

not to weld the Provinces into one, nor to subordinate Provincial Governments to a central authority, but to establish a central government in which these Provinces should be represented, entrusted with exclusive authority only in affairs in which they had a common interest. Subject to this each Province was to retain its independence and autonomy and to be directly under the Crown as its head.

naux ont toujours tenu compte du principe du fédéralisme inhérent à la structure de nos arrangements constitutionnels, l'étoile qui les a guidés depuis le tout début.

Le principe sous-jacent du fédéralisme a donc joué un rôle d'une importance considérable dans l'interprétation du texte de la Constitution. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, aux pp. 905 à 909, nous avons confirmé que le principe du fédéralisme imprègne les systèmes politique et juridique du Canada. Ainsi, les juges Martland et Ritchie, dissidents dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, à la p. 821, ont considéré que le fédéralisme était «le principe dominant du droit constitutionnel canadien». Il se peut que, depuis l'adoption de la *Charte*, cette affirmation ait moins de force qu'elle n'en avait auparavant, mais il n'y a guère de doute que le principe du fédéralisme demeure un thème central dans la structure de notre Constitution. De façon tout aussi importante, quoique moins évidente peut-être, le fédéralisme est une réponse politique et juridique aux réalités du contexte social et politique.

Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et de l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence. La structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité. Selon l'arrêt *Re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935 (C.P.), à la p. 942, le but de la *Loi constitutionnelle de 1867*

[TRADUCTION] n'était pas de fusionner les provinces en une seule, ni de mettre les gouvernements provinciaux en état de subordination par rapport à une autorité centrale, mais d'établir un gouvernement central dans lequel ces provinces seraient représentées, revêtu d'une autorité exclusive dans l'administration des seules affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun. Sous cette réserve, chaque province devait garder son indépendance et son autonomie, assujettie directement à la Couronne.

More recently, in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1047, the majority of this Court held that differences between provinces “are a rational part of the political reality in the federal process”. It was referring to the differential application of federal law in individual provinces, but the point applies more generally. A unanimous Court expressed similar views in *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, at pp. 287-88.

⁵⁹ The principle of federalism facilitates the pursuit of collective goals by cultural and linguistic minorities which form the majority within a particular province. This is the case in Quebec, where the majority of the population is French-speaking, and which possesses a distinct culture. This is not merely the result of chance. The social and demographic reality of Quebec explains the existence of the province of Quebec as a political unit and indeed, was one of the essential reasons for establishing a federal structure for the Canadian union in 1867. The experience of both Canada East and Canada West under the *Union Act, 1840* (U.K.), 3-4 Vict., c. 35, had not been satisfactory. The federal structure adopted at Confederation enabled French-speaking Canadians to form a numerical majority in the province of Quebec, and so exercise the considerable provincial powers conferred by the *Constitution Act, 1867* in such a way as to promote their language and culture. It also made provision for certain guaranteed representation within the federal Parliament itself.

⁶⁰ Federalism was also welcomed by Nova Scotia and New Brunswick, both of which also affirmed their will to protect their individual cultures and their autonomy over local matters. All new provinces joining the federation sought to achieve similar objectives, which are no less vigorously pursued by the provinces and territories as we approach the new millennium.

(c) Democracy

⁶¹ Democracy is a fundamental value in our constitutional law and political culture. While it has

Plus récemment dans notre arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1047, les juges de la majorité ont déclaré que les différences existant entre les provinces «font rationnellement partie de la réalité politique d'un régime fédéral». Cette remarque, qui visait l'application différente du droit fédéral aux diverses provinces, a néanmoins une portée plus générale. La Cour a unanimement exprimé un point de vue semblable dans *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, aux pp. 287 et 288.

Le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C'est le cas au Québec, où la majorité de la population est francophone et qui possède une culture distincte. Ce n'est pas le simple fruit du hasard. La réalité sociale et démographique du Québec explique son existence comme entité politique et a constitué, en fait, une des raisons essentielles de la création d'une structure fédérale pour l'union canadienne en 1867. Tant pour le Canada-Est que pour le Canada-Ouest, l'expérience de l'*Acte d'Union, 1840* (R.-U.), 3-4 Vict., ch. 35, avait été insatisfaisante. La structure fédérale adoptée à l'époque de la Confédération a permis aux Canadiens de langue française de former la majorité numérique de la population de la province du Québec, et d'exercer ainsi les pouvoirs provinciaux considérables que conférait la *Loi constitutionnelle de 1867* de façon à promouvoir leur langue et leur culture. Elle garantissait également une certaine représentation au Parlement fédéral lui-même.

La Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, qui avaient aussi affirmé leur volonté de préserver leur culture propre et leur autonomie en matière locale, ont bien accueilli également le fédéralisme. Toutes les provinces qui se sont jointes depuis à la fédération cherchaient à atteindre des objectifs similaires qui sont poursuivis non moins vigoureusement par les provinces et les territoires à l'approche du nouveau millénaire.

c) La démocratie

La démocratie est une valeur fondamentale de notre culture juridique et politique. Quoiqu'il ait à

both an institutional and an individual aspect, the democratic principle was also argued before us in the sense of the supremacy of the sovereign will of a people, in this case potentially to be expressed by Quebecers in support of unilateral secession. It is useful to explore in a summary way these different aspects of the democratic principle.

The principle of democracy has always informed the design of our constitutional structure, and continues to act as an essential interpretive consideration to this day. A majority of this Court in *OPSEU v. Ontario, supra*, at p. 57, confirmed that “the basic structure of our Constitution, as established by the *Constitution Act, 1867*, contemplates the existence of certain political institutions, including freely elected legislative bodies at the federal and provincial levels”. As is apparent from an earlier line of decisions emanating from this Court, including *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, and *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, the democracy principle can best be understood as a sort of baseline against which the framers of our Constitution, and subsequently, our elected representatives under it, have always operated. It is perhaps for this reason that the principle was not explicitly identified in the text of the *Constitution Act, 1867* itself. To have done so might have appeared redundant, even silly, to the framers. As explained in the *Provincial Judges Reference, supra*, at para. 100, it is evident that our Constitution contemplates that Canada shall be a constitutional democracy. Yet this merely demonstrates the importance of underlying constitutional principles that are nowhere explicitly described in our constitutional texts. The representative and democratic nature of our political institutions was simply assumed.

Democracy is commonly understood as being a political system of majority rule. It is essential to be clear what this means. The evolution of our democratic tradition can be traced back to the

la fois un aspect institutionnel et un aspect individuel, le principe démocratique a été invoqué dans le présent renvoi au sens de suprématie de la volonté souveraine d'un peuple, potentiellement exprimée dans ce cas par les Québécois en faveur d'une sécession unilatérale. Il est utile d'étudier brièvement ces divers aspects du principe démocratique.

Le principe de la démocratie a toujours inspiré l'aménagement de notre structure constitutionnelle, et demeure aujourd'hui une considération interprétative essentielle. Dans notre arrêt *SEFPO c. Ontario*, précité, à la p. 57, les juges de la majorité ont confirmé que «la structure fondamentale de notre Constitution établie par la *Loi constitutionnelle de 1867* envisage l'existence de certaines institutions politiques dont des corps législatifs librement élus aux niveaux fédéral et provincial». Il ressort d'une série plus ancienne de décisions émanant de notre Cour, notamment *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265, et *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, que, pour bien comprendre le principe de la démocratie, il faut l'envisager comme l'assise que les rédacteurs de notre Constitution et, après eux, nos représentants élus en vertu de celle-ci ont toujours prise comme allant de soi. C'est peut-être pour cette raison que ce principe n'est pas mentionné expressément dans le texte même de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela aurait sans doute paru inutile, voire même saugrenu, aux rédacteurs. Comme l'explique le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 100, il est évident que notre Constitution établit au Canada un régime de démocratie constitutionnelle. Cela démontre l'importance des principes constitutionnels sous-jacents qui ne sont décrits expressément nulle part dans nos textes constitutionnels. Le caractère représentatif et démocratique de nos institutions politiques était tout simplement tenu pour acquis.

Par démocratie, on entend communément un système politique soumis à la règle de la majorité. Il est essentiel de bien comprendre ce que cela signifie. L'évolution de notre tradition démocra-

62

63

Magna Carta (1215) and before, through the long struggle for Parliamentary supremacy which culminated in the English *Bill of Rights* of 1689, the emergence of representative political institutions in the colonial era, the development of responsible government in the 19th century, and eventually, the achievement of Confederation itself in 1867. “[T]he Canadian tradition”, the majority of this Court held in *Reference re Provincial Electoral Boundaries* (Sask.), [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 186, is “one of evolutionary democracy moving in uneven steps toward the goal of universal suffrage and more effective representation”. Since Confederation, efforts to extend the franchise to those unjustly excluded from participation in our political system — such as women, minorities, and aboriginal peoples — have continued, with some success, to the present day.

64

Democracy is not simply concerned with the process of government. On the contrary, as suggested in *Switzman v. Elbling*, *supra*, at p. 306, democracy is fundamentally connected to substantive goals, most importantly, the promotion of self-government. Democracy accommodates cultural and group identities: *Reference re Provincial Electoral Boundaries*, at p. 188. Put another way, a sovereign people exercises its right to self-government through the democratic process. In considering the scope and purpose of the *Charter*, the Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, articulated some of the values inherent in the notion of democracy (at p. 136):

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe to embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

65

In institutional terms, democracy means that each of the provincial legislatures and the federal Parliament is elected by popular franchise. These

tique remonte à la *Magna Carta* (1215) et même avant, à travers le long combat pour la suprématie parlementaire dont le point culminant a été le *Bill of Rights* anglais de 1689, puis l'émergence d'institutions politiques représentatives pendant la période coloniale, le développement de la responsabilité gouvernementale au XIX^e siècle et, finalement, l'avènement de la Confédération elle-même en 1867. «[L]e modèle canadien», selon les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales* (Sask.), [1991] 2 R.C.S. 158, à la p. 186, est «une démocratie en évolution qui se dirige par étapes inégales vers l'objectif du suffrage universel et d'une représentation plus effective». Depuis la Confédération, les efforts pour étendre la participation dans notre système politique à ceux qui en étaient injustement privés — notamment les femmes, les minorités et les peuples autochtones — se poursuivent avec un certain succès jusqu'à ce jour.

La démocratie ne vise pas simplement les mécanismes gouvernementaux. Bien au contraire, comme l'indique *Switzman c. Elbling*, précité, à la p. 306, la démocratie est fondamentalement liée à des objectifs essentiels dont, tout particulièrement, la promotion de l'autonomie gouvernementale. La démocratie respecte les identités culturelles et collectives: *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales*, à la p. 188. Autrement dit, un peuple souverain exerce son droit à l'autonomie gouvernementale à travers le processus démocratique. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour, qui examinait la portée et l'objet de la *Charte*, a énoncé certaines valeurs inhérentes à la notion de démocratie (à la p. 136):

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

En termes institutionnels, la démocratie signifie que chacune des assemblées législatives provinciales et le Parlement fédéral sont élus au suffrage

legislatures, we have said, are “at the core of the system of representative government”: *New Brunswick Broadcasting, supra*, at p. 387. In individual terms, the right to vote in elections to the House of Commons and the provincial legislatures, and to be candidates in those elections, is guaranteed to “Every citizen of Canada” by virtue of s. 3 of the *Charter*. Historically, this Court has interpreted democracy to mean the process of representative and responsible government and the right of citizens to participate in the political process as voters (*Reference re Provincial Electoral Boundaries, supra*) and as candidates (*Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876). In addition, the effect of s. 4 of the *Charter* is to oblige the House of Commons and the provincial legislatures to hold regular elections and to permit citizens to elect representatives to their political institutions. The democratic principle is affirmed with particular clarity in that s. 4 is not subject to the notwithstanding power contained in s. 33.

populaire. Selon *New Brunswick Broadcasting*, précité, à la p. 387, ces assemblées législatives sont des «élément[s] essentiel[s] du système de gouvernement représentatif». Au niveau individuel, le droit de vote aux élections à la Chambre des communes et aux assemblées législatives provinciales, ainsi que le droit d’être candidat à ces élections, sont garantis à «[t]out citoyen canadien» en vertu de l’art. 3 de la *Charte*. La démocratie, dans la jurisprudence de notre Cour, signifie le mode de fonctionnement d’un gouvernement représentatif et responsable et le droit des citoyens de participer au processus politique en tant qu’électeurs (*Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales*, précité), et en tant que candidats (*Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876). En outre, l’art. 4 de la *Charte* a pour effet d’obliger la Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales à tenir régulièrement des élections et de permettre aux citoyens d’élire des représentants aux diverses institutions politiques. Le principe démocratique est énoncé de façon particulièrement claire puisque l’art. 4 n’est pas sujet à l’exercice du pouvoir dérogatoire de l’art. 33.

It is, of course, true that democracy expresses the sovereign will of the people. Yet this expression, too, must be taken in the context of the other institutional values we have identified as pertinent to this Reference. The relationship between democracy and federalism means, for example, that in Canada there may be different and equally legitimate majorities in different provinces and territories and at the federal level. No one majority is more or less “legitimate” than the others as an expression of democratic opinion, although, of course, the consequences will vary with the subject matter. A federal system of government enables different provinces to pursue policies responsive to the particular concerns and interests of people in that province. At the same time, Canada as a whole is also a democratic community in which citizens construct and achieve goals on a national scale through a federal government acting within the limits of its jurisdiction. The function of federalism is to enable citizens to participate concurrently in

66

Il est vrai, bien sûr, que la démocratie exprime la volonté souveraine du peuple. Pourtant cette expression doit aussi être considérée dans le contexte des autres valeurs institutionnelles que nous estimons pertinentes dans ce renvoi. Les rapports entre démocratie et fédéralisme signifient par exemple que peuvent coexister des majorités différentes et également légitimes dans diverses provinces et territoires ainsi qu’au niveau fédéral. Aucune majorité n’est plus, ou moins, «légitime» que les autres en tant qu’expression de l’opinion démocratique, quoique, bien sûr, ses conséquences varieront selon la question en jeu. Un système fédéral de gouvernement permet à différentes provinces de mettre en œuvre des politiques adaptées aux préoccupations et aux intérêts particuliers de leur population. En même temps, le Canada dans son ensemble est aussi une collectivité démocratique au sein de laquelle les citoyens poursuivent et réalisent des objectifs à l’échelle nationale, par l’intermédiaire d’un gouvernement fédéral agissant dans les

different collectivities and to pursue goals at both a provincial and a federal level.

67

The consent of the governed is a value that is basic to our understanding of a free and democratic society. Yet democracy in any real sense of the word cannot exist without the rule of law. It is the law that creates the framework within which the “sovereign will” is to be ascertained and implemented. To be accorded legitimacy, democratic institutions must rest, ultimately, on a legal foundation. That is, they must allow for the participation of, and accountability to, the people, through public institutions created under the Constitution. Equally, however, a system of government cannot survive through adherence to the law alone. A political system must also possess legitimacy, and in our political culture, that requires an interaction between the rule of law and the democratic principle. The system must be capable of reflecting the aspirations of the people. But there is more. Our law’s claim to legitimacy also rests on an appeal to moral values, many of which are imbedded in our constitutional structure. It would be a grave mistake to equate legitimacy with the “sovereign will” or majority rule alone, to the exclusion of other constitutional values.

68

Finally, we highlight that a functioning democracy requires a continuous process of discussion. The Constitution mandates government by democratic legislatures, and an executive accountable to them, “resting ultimately on public opinion reached by discussion and the interplay of ideas” (*Saumur v. City of Quebec, supra*, at p. 330). At both the federal and provincial level, by its very nature, the need to build majorities necessitates compromise, negotiation, and deliberation. No one has a monopoly on truth, and our system is predicated on the faith that in the marketplace of ideas, the best solutions to public problems will rise to the top. Inevitably, there will be dissenting voices.

limites de sa compétence. La fonction du fédéralisme est de permettre aux citoyens de faire partie simultanément de collectivités différentes et de poursuivre des objectifs aussi bien au niveau provincial qu’au niveau fédéral.

L’assentiment des gouvernés est une valeur fondamentale dans notre conception d’une société libre et démocratique. Cependant, la démocratie au vrai sens du terme ne peut exister sans le principe de la primauté du droit. C’est la loi qui crée le cadre dans lequel la «volonté souveraine» doit être déterminée et mise en œuvre. Pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques. Cela signifie qu’elles doivent permettre la participation du peuple et la responsabilité devant le peuple par l’intermédiaire d’institutions publiques créées en vertu de la Constitution. Il est également vrai cependant qu’un système de gouvernement ne peut survivre par le seul respect du droit. Un système politique doit aussi avoir une légitimité, ce qui exige, dans notre culture politique, une interaction de la primauté du droit et du principe démocratique. Le système doit pouvoir refléter les aspirations de la population. Il y a plus encore. La légitimité de nos lois repose aussi sur un appel aux valeurs morales dont beaucoup sont enracinées dans notre structure constitutionnelle. Ce serait une grave erreur d’assimiler la légitimité à la seule «volonté souveraine» ou à la seule règle de la majorité, à l’exclusion d’autres valeurs constitutionnelles.

Enfin, nous devons souligner que le bon fonctionnement d’une démocratie exige un processus permanent de discussion. La Constitution instaure un gouvernement par des assemblées législatives démocratiquement élues et par un exécutif responsable devant elles, [TRADUCTION] «un gouvernement [qui] repose en définitive sur l’expression de l’opinion publique réalisée grâce à la discussion et au jeu des idées» (*Saumur c. City of Quebec*, précité, à la p. 330). Le besoin de constituer des majorités, tant au niveau fédéral qu’au niveau provincial, par sa nature même, entraîne des compromis, des négociations et des délibérations. Nul n’a le monopole de la vérité et notre système repose sur

A democratic system of government is committed to considering those dissenting voices, and seeking to acknowledge and address those voices in the laws by which all in the community must live.

The *Constitution Act, 1982* gives expression to this principle, by conferring a right to initiate constitutional change on each participant in Confederation. In our view, the existence of this right imposes a corresponding duty on the participants in Confederation to engage in constitutional discussions in order to acknowledge and address democratic expressions of a desire for change in other provinces. This duty is inherent in the democratic principle which is a fundamental predicate of our system of governance.

(d) *Constitutionalism and the Rule of Law*

The principles of constitutionalism and the rule of law lie at the root of our system of government. The rule of law, as observed in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 142, is “a fundamental postulate of our constitutional structure”. As we noted in the *Patriation Reference*, *supra*, at pp. 805-6, “[t]he ‘rule of law’ is a highly textured expression, importing many things which are beyond the need of these reasons to explore but conveying, for example, a sense of orderliness, of subjection to known legal rules and of executive accountability to legal authority”. At its most basic level, the rule of law vouchsafes to the citizens and residents of the country a stable, predictable and ordered society in which to conduct their affairs. It provides a shield for individuals from arbitrary state action.

In the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at pp. 747-52, this Court outlined the elements of the rule of law. We emphasized, first, that

la croyance que, sur le marché des idées, les meilleures solutions aux problèmes publics l'emportent. Il y aura inévitablement des voix dissidentes. Un système démocratique de gouvernement est tenu de prendre en considération ces voix dissidentes, et de chercher à en tenir compte et à y répondre dans les lois que tous les membres de la collectivité doivent respecter.

La *Loi constitutionnelle de 1982* exprime ce principe en conférant à chaque participant de la Confédération le droit de prendre l'initiative d'une proposition de modification constitutionnelle. À notre avis, l'existence de ce droit impose aux autres participants de la Confédération l'obligation réciproque d'engager des discussions constitutionnelles pour tenir compte de l'expression démocratique d'un désir de changement dans d'autres provinces et d'y répondre. Cette obligation est inhérente au principe démocratique qui est un précepte fondamental de notre système de gouvernement.⁶⁹

d) *Le constitutionnalisme et la primauté du droit*

Les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit sont à la base de notre système de gouvernement. Comme l'indique l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la p. 142, la primauté du droit (le principe de la légalité) est [TRA-DUCTION] «un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle». Nous avons noté, dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, précité, aux pp. 805 et 806, que «[l]a règle de droit est une expression haute en couleur qui, sans qu'il soit nécessaire d'en examiner ici les nombreuses implications, communique par exemple un sens de l'ordre, de la sujexion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale». À son niveau le plus élémentaire, le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Elle fournit aux personnes un rempart contre l'arbitraire de l'État.⁷⁰

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, aux pp. 747 à 752, notre Cour a défini les éléments de la primauté du droit. Nous

the rule of law provides that the law is supreme over the acts of both government and private persons. There is, in short, one law for all. Second, we explained, at p. 749, that “the rule of law requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order”. It was this second aspect of the rule of law that was primarily at issue in the *Manitoba Language Rights Reference* itself. A third aspect of the rule of law is, as recently confirmed in the *Provincial Judges Reference, supra*, at para. 10, that “the exercise of all public power must find its ultimate source in a legal rule”. Put another way, the relationship between the state and the individual must be regulated by law. Taken together, these three considerations make up a principle of profound constitutional and political significance.

avons souligné en premier lieu la suprématie du droit sur les actes du gouvernement et des particuliers. En bref, il y a une seule loi pour tous. Deuxièmement, nous expliquons, à la p. 749, que «la primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif». C'est principalement ce deuxième aspect de la primauté du droit qui était en cause dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* lui-même. Un troisième aspect de la primauté du droit, comme l'a récemment confirmé le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, précité, au par. 10, tient à ce que «l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit». En d'autres termes, les rapports entre l'État et les individus doivent être régis par le droit. Pris ensemble, ces trois volets forment un principe d'une profonde importance constitutionnelle et politique.

72

The constitutionalism principle bears considerable similarity to the rule of law, although they are not identical. The essence of constitutionalism in Canada is embodied in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which provides that “[t]he Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.” Simply put, the constitutionalism principle requires that all government action comply with the Constitution. The rule of law principle requires that all government action must comply with the law, including the Constitution. This Court has noted on several occasions that with the adoption of the *Charter*, the Canadian system of government was transformed to a significant extent from a system of Parliamentary supremacy to one of constitutional supremacy. The Constitution binds all governments, both federal and provincial, including the executive branch (*Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 455). They may not transgress its provisions: indeed, their sole claim to exercise lawful authority rests in the powers allocated to them under the Constitution, and can come from no other source.

Le principe du constitutionnalisme ressemble beaucoup au principe de la primauté du droit, mais ils ne sont pas identiques. L'essence du constitutionnalisme au Canada est exprimée dans le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*: «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.» En d'autres mots, le principe du constitutionnalisme exige que les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution. Le principe de la primauté du droit exige que les actes de gouvernement soient conformes au droit, dont la Constitution. Notre Cour a souligné plusieurs fois que, dans une large mesure, l'adoption de la *Charte* avait fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle. La Constitution lie tous les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, y compris l'exécutif (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 455). Ils ne sauraient en transgresser les dispositions: en effet, leur seul droit à l'autorité qu'ils exercent réside dans les pouvoirs que leur confère la Constitution. Cette autorité ne peut avoir d'autre source.

An understanding of the scope and importance of the principles of the rule of law and constitutionalism is aided by acknowledging explicitly why a constitution is entrenched beyond the reach of simple majority rule. There are three overlapping reasons.

First, a constitution may provide an added safeguard for fundamental human rights and individual freedoms which might otherwise be susceptible to government interference. Although democratic government is generally solicitous of those rights, there are occasions when the majority will be tempted to ignore fundamental rights in order to accomplish collective goals more easily or effectively. Constitutional entrenchment ensures that those rights will be given due regard and protection. Second, a constitution may seek to ensure that vulnerable minority groups are endowed with the institutions and rights necessary to maintain and promote their identities against the assimilative pressures of the majority. And third, a constitution may provide for a division of political power that allocates political power amongst different levels of government. That purpose would be defeated if one of those democratically elected levels of government could usurp the powers of the other simply by exercising its legislative power to allocate additional political power to itself unilaterally.

The argument that the Constitution may be legitimately circumvented by resort to a majority vote in a province-wide referendum is superficially persuasive, in large measure because it seems to appeal to some of the same principles that underlie the legitimacy of the Constitution itself, namely, democracy and self-government. In short, it is suggested that as the notion of popular sovereignty underlies the legitimacy of our existing constitutional arrangements, so the same popular sovereignty that originally led to the present Constitution must (it is argued) also permit “the people” in their exercise of popular sovereignty to secede by majority vote alone. However, closer analysis

Pour bien comprendre l'étendue et l'importance des principes de la primauté du droit et du constitutionnalisme, il est utile de reconnaître explicitement les raisons pour lesquelles une constitution est placée hors de la portée de la règle de la simple majorité. Trois raisons se chevauchent.

Premièrement, une constitution peut fournir une protection supplémentaire à des droits et libertés fondamentaux qui, sans elle, ne seraient pas hors d'atteinte de l'action gouvernementale. Malgré la déférence dont font généralement preuve les gouvernements démocratiques envers ces droits, il survient des occasions où la majorité peut être tentée de passer outre à des droits fondamentaux en vue d'accomplir plus efficacement et plus facilement certains objectifs collectifs. La constitutionnalisation de ces droits sert à garantir le respect et la protection qui leur sont dus. Deuxièmement, une constitution peut chercher à garantir que des groupes minoritaires vulnérables bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité. Troisièmement, une constitution peut mettre en place un partage des pouvoirs qui répartit le pouvoir politique entre différents niveaux de gouvernement. Cet objectif ne pourrait pas être atteint si un de ces niveaux de gouvernement démocratiquement élus pouvait usurper les pouvoirs de l'autre en exerçant simplement son pouvoir législatif pour s'attribuer à lui-même, unilatéralement, des pouvoirs politiques supplémentaires.

L'argument selon lequel on peut légitimement contourner la Constitution en s'appuyant sur un vote majoritaire obtenu dans un référendum provincial est superficiellement convaincant, dans une large mesure parce qu'il paraît faire appel à certains des principes qui sous-tendent la légitimité de la Constitution elle-même, c'est-à-dire la démocratie et l'autonomie gouvernementale. En bref, on avance que, puisque la notion de souveraineté populaire sous-tend la légitimité de nos arrangements constitutionnels actuels, alors cette même souveraineté populaire qui a donné naissance à la Constitution actuelle devrait aussi permettre au «peuple», dans l'exercice de la souveraineté popu-

73

74

75

reveals that this argument is unsound, because it misunderstands the meaning of popular sovereignty and the essence of a constitutional democracy.

76

Canadians have never accepted that ours is a system of simple majority rule. Our principle of democracy, taken in conjunction with the other constitutional principles discussed here, is richer. Constitutional government is necessarily predicated on the idea that the political representatives of the people of a province have the capacity and the power to commit the province to be bound into the future by the constitutional rules being adopted. These rules are “binding” not in the sense of frustrating the will of a majority of a province, but as defining the majority which must be consulted in order to alter the fundamental balances of political power (including the spheres of autonomy guaranteed by the principle of federalism), individual rights, and minority rights in our society. Of course, those constitutional rules are themselves amenable to amendment, but only through a process of negotiation which ensures that there is an opportunity for the constitutionally defined rights of all the parties to be respected and reconciled.

laire, de faire sécession par un vote majoritaire seulement. Une analyse plus poussée révèle toutefois que cet argument est mal fondé parce qu'il méconnaît le sens de la souveraineté populaire et l'essence même d'une démocratie constitutionnelle.

Les Canadiens n'ont jamais admis que notre système est entièrement régi par la seule règle de la simple majorité. Notre principe de la démocratie, en corrélation avec les autres principes constitutionnels mentionnés plus haut, est plus riche. Un gouvernement constitutionnel est nécessairement fondé sur l'idée que les représentants politiques du peuple d'une province ont la possibilité et le pouvoir de prendre, au nom de la province, l'engagement pour l'avenir de respecter les règles constitutionnelles qui sont adoptées. Ces règles les «lient» non pas en ce qu'elles font échec à la volonté de la majorité dans une province, mais plutôt en ce qu'elles définissent la majorité qui doit être consultée afin de modifier l'équilibre fondamental en matière de partage du pouvoir politique (y compris les sphères d'autonomie garanties par le principe du fédéralisme), de droits de la personne et de droits des minorités dans notre société. Bien entendu, ces règles constitutionnelles sont elles-mêmes susceptibles de modification, mais seulement par un processus de négociation qui permet d'assurer à toutes les parties le respect et la conciliation des droits garantis par la Constitution.

77

In this way, our belief in democracy may be harmonized with our belief in constitutionalism. Constitutional amendment often requires some form of substantial consensus precisely because the content of the underlying principles of our Constitution demand it. By requiring broad support in the form of an “enhanced majority” to achieve constitutional change, the Constitution ensures that minority interests must be addressed before proposed changes which would affect them may be enacted.

De cette façon, il est possible d'allier notre foi dans la démocratie et notre foi dans le constitutionalisme. La modification de la Constitution requiert souvent quelque forme de consensus important, précisément parce que la teneur des principes fondamentaux de la Constitution l'exige. L'exigence d'un vaste appui sous forme de «majorité élargie» pour introduire une modification constitutionnelle garantit que les intérêts des minorités seront pris en considération avant l'adoption de changements qui les affecteront.

78

It might be objected, then, that constitutionalism is therefore incompatible with democratic government. This would be an erroneous view. Constitutionalism facilitates — indeed, makes possible — a democratic political system by creating an orderly

On pourrait alors objecter que constitutionalisme est par conséquent incompatible avec gouvernement démocratique. Ce serait faux. Le constitutionalisme facilite et, en fait, rend possible un système politique démocratique en instaurant un

framework within which people may make political decisions. Viewed correctly, constitutionalism and the rule of law are not in conflict with democracy; rather, they are essential to it. Without that relationship, the political will upon which democratic decisions are taken would itself be undermined.

(e) *Protection of Minorities*

The fourth underlying constitutional principle we address here concerns the protection of minorities. There are a number of specific constitutional provisions protecting minority language, religion and education rights. Some of those provisions are, as we have recognized on a number of occasions, the product of historical compromises. As this Court observed in *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1173, and in *Reference re Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511, at pp. 529-30, the protection of minority religious education rights was a central consideration in the negotiations leading to Confederation. In the absence of such protection, it was felt that the minorities in what was then Canada East and Canada West would be submerged and assimilated. See also *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377, at pp. 401-2, and *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609. Similar concerns animated the provisions protecting minority language rights, as noted in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, at p. 564.

However, we highlight that even though those provisions were the product of negotiation and political compromise, that does not render them unprincipled. Rather, such a concern reflects a broader principle related to the protection of minority rights. Undoubtedly, the three other constitutional principles inform the scope and operation of the specific provisions that protect the rights of minorities. We emphasize that the protection of minority rights is itself an independent

cadre ordonné dans lequel les gens peuvent prendre des décisions politiques. Bien compris, le constitutionnalisme et la primauté du droit n'entrent pas en conflit avec la démocratie; bien au contraire, ils lui sont indispensables. Sans cette relation, la volonté politique qui anime les décisions démocratiques serait elle-même ébranlée.

e) *La protection des minorités*

Le quatrième principe constitutionnel à examiner ici concerne la protection des minorités. Plusieurs dispositions constitutionnelles protègent spécifiquement des droits linguistiques, religieux et scolaires de minorités. Comme nous l'avons reconnu en plusieurs occasions, certaines de ces dispositions sont le résultat de compromis historiques. Notre Cour a signalé dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1173, et dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Qué.)*, [1993] 2 R.C.S. 511, aux pp. 529 et 530, que la protection des droits des minorités religieuses en matière d'éducation avait été une considération majeure dans les négociations qui ont mené à la Confédération. On craignait qu'en l'absence de protection, les minorités de l'Est et de l'Ouest du Canada d'alors soient submergées et assimilées. Voir aussi *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377, aux pp. 401 et 402, et *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609. Des inquiétudes semblables ont inspiré les dispositions protégeant les droits linguistiques des minorités, comme le mentionne l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, à la p. 564.

Il faut bien souligner toutefois que, même si ces dispositions sont le résultat de négociations et de compromis politiques, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas fondées sur des principes. Bien au contraire, elles sont le reflet d'un principe plus large lié à la protection des droits des minorités. Les trois autres principes constitutionnels ont sans aucun doute une incidence sur la portée et l'application des garanties protégeant spécifiquement les droits des minorités. Nous soulignons que la

principle underlying our constitutional order. The principle is clearly reflected in the *Charter's* provisions for the protection of minority rights. See, e.g., *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, and *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342.

81

The concern of our courts and governments to protect minorities has been prominent in recent years, particularly following the enactment of the *Charter*. Undoubtedly, one of the key considerations motivating the enactment of the *Charter*, and the process of constitutional judicial review that it entails, is the protection of minorities. However, it should not be forgotten that the protection of minority rights had a long history before the enactment of the *Charter*. Indeed, the protection of minority rights was clearly an essential consideration in the design of our constitutional structure even at the time of Confederation: *Senate Reference, supra*, at p. 71. Although Canada's record of upholding the rights of minorities is not a spotless one, that goal is one towards which Canadians have been striving since Confederation, and the process has not been without successes. The principle of protecting minority rights continues to exercise influence in the operation and interpretation of our Constitution.

82

Consistent with this long tradition of respect for minorities, which is at least as old as Canada itself, the framers of the *Constitution Act, 1982* included in s. 35 explicit protection for existing aboriginal and treaty rights, and in s. 25, a non-derogation clause in favour of the rights of aboriginal peoples. The "promise" of s. 35, as it was termed in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1083, recognized not only the ancient occupation of land by aboriginal peoples, but their contribution to the building of Canada, and the special commitments made to them by successive governments. The protection of these rights, so recently and arduously achieved, whether looked at in their own right or as part of the larger concern with minorities,

protection de ces droits est elle-même un principe distinct qui sous-tend notre ordre constitutionnel. Ce principe se reflète clairement dans les dispositions de la *Charte* relatives à la protection des droits des minorités. Voir, par exemple, le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, et *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

Le souci de nos tribunaux et de nos gouvernements de protéger les minorités a été notoire ces dernières années, surtout depuis l'adoption de la *Charte*. Il ne fait aucun doute que la protection des minorités a été un des facteurs clés qui ont motivé l'adoption de la *Charte* et le processus de contrôle judiciaire constitutionnel qui en découle. Il ne faut pas oublier pour autant que la protection des droits des minorités a connu une longue histoire avant l'adoption de la *Charte*. De fait, la protection des droits des minorités a clairement été un facteur essentiel dans l'élaboration de notre structure constitutionnelle même à l'époque de la Confédération: *Renvoi relatif au Sénat*, précité, à la p. 71. Même si le passé du Canada en matière de défense des droits des minorités n'est pas irréprochable, cela a toujours été, depuis la Confédération, un but auquel ont aspiré les Canadiens dans un cheminement qui n'a pas été dénué de succès. Le principe de la protection des droits des minorités continue d'influencer l'application et l'interprétation de notre Constitution.

Conformément à cette longue tradition de respect des minorités, qui est au moins aussi ancienne que le Canada lui-même, les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont ajouté à l'art. 35 des garanties expresses relatives aux droits existants — ancestraux ou issus de traités — des autochtones, et à l'art. 25 une clause de non-atteinte aux droits des peuples autochtones. La «promesse» de l'art. 35, comme l'appelle l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1083, reconnaît non seulement l'occupation passée de terres par les autochtones, mais aussi leur contribution à l'édification du Canada et les engagements spéciaux pris envers eux par des gouvernements successifs. La protection de ces droits, réalisée si récemment et si

reflects an important underlying constitutional value.

(4) The Operation of the Constitutional Principles in the Secession Context

Secession is the effort of a group or section of a state to withdraw itself from the political and constitutional authority of that state, with a view to achieving statehood for a new territorial unit on the international plane. In a federal state, secession typically takes the form of a territorial unit seeking to withdraw from the federation. Secession is a legal act as much as a political one. By the terms of Question 1 of this Reference, we are asked to rule on the legality of unilateral secession “[u]nder the Constitution of Canada”. This is an appropriate question, as the legality of unilateral secession must be evaluated, at least in the first instance, from the perspective of the domestic legal order of the state from which the unit seeks to withdraw. As we shall see below, it is also argued that international law is a relevant standard by which the legality of a purported act of secession may be measured.

The secession of a province from Canada must be considered, in legal terms, to require an amendment to the Constitution, which perforce requires negotiation. The amendments necessary to achieve a secession could be radical and extensive. Some commentators have suggested that secession could be a change of such a magnitude that it could not be considered to be merely an amendment to the Constitution. We are not persuaded by this contention. It is of course true that the Constitution is silent as to the ability of a province to secede from Confederation but, although the Constitution neither expressly authorizes nor prohibits secession, an act of secession would purport to alter the governance of Canadian territory in a manner which undoubtedly is inconsistent with our current constitutional arrangements. The fact that those changes would be profound, or that they would purport to have a significance with respect to inter-

laborieusement, envisagée isolément ou dans le cadre du problème plus large des minorités, reflète l'importance de cette valeur constitutionnelle sous-jacente.

(4) L'application des principes constitutionnels dans un contexte de sécession

La sécession est la démarche par laquelle un groupe ou une partie d'un État cherche à se détacher de l'autorité politique et constitutionnelle de cet État, en vue de former un nouvel État doté d'une assise territoriale et reconnu au niveau international. Dans le cas d'un État fédéral, la sécession signifie normalement le détachement d'une entité territoriale de la fédération. La sécession est autant un acte juridique qu'un acte politique. La question 1 du renvoi nous demande de statuer sur la légalité d'une sécession unilatérale «en vertu de la Constitution du Canada». La question est appropriée puisqu'elle comporte l'examen de la légalité d'une sécession unilatérale, en premier lieu du moins, du point de vue de l'ordre juridique interne de l'État dont l'entité cherche à se séparer. Comme nous le verrons, on prétend aussi que le droit international pose une norme permettant d'apprécier la légalité de l'acte de sécession envisagé.

La sécession d'une province du Canada doit être considérée, en termes juridiques, comme requérant une modification de la Constitution, qui exige forcément une négociation. Les modifications requises pour parvenir à une sécession pourraient être vastes et radicales. Certains auteurs ont exprimé l'avis qu'une sécession entraînerait un changement d'une telle ampleur qu'il ne pourrait pas être considéré simplement comme une modification de la Constitution. Nous n'en sommes pas convaincus. Il est vrai que la Constitution est muette quant à la faculté d'une province de faire sécession de la Confédération, mais bien que la Constitution n'autorise pas ni n'interdise expressément la sécession, un acte de sécession aurait pour but de transformer le mode de gouvernement du territoire canadien d'une façon qui est sans aucun doute incompatible avec nos arrangements constitutionnels actuels. Le fait que ces changements seraient profonds, ou

83

84

national law, does not negate their nature as amendments to the Constitution of Canada.

85

The Constitution is the expression of the sovereignty of the people of Canada. It lies within the power of the people of Canada, acting through their various governments duly elected and recognized under the Constitution, to effect whatever constitutional arrangements are desired within Canadian territory, including, should it be so desired, the secession of Quebec from Canada. As this Court held in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 745, “[t]he Constitution of a country is a statement of the will of the people to be governed in accordance with certain principles held as fundamental and certain prescriptions restrictive of the powers of the legislature and government”. The manner in which such a political will could be formed and mobilized is a somewhat speculative exercise, though we are asked to assume the existence of such a political will for the purpose of answering the question before us. By the terms of this Reference, we have been asked to consider whether it would be constitutional in such a circumstance for the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally.

qu'ils prétendraient avoir une incidence en droit international, ne leur retire pas leur caractère de modifications de la Constitution du Canada.

La Constitution est l'expression de la souveraineté de la population du Canada. La population du Canada, agissant par l'intermédiaire des divers gouvernements dûment élus et reconnus en vertu de la Constitution, détient le pouvoir de mettre en œuvre tous les arrangements constitutionnels souhaités dans les limites du territoire canadien, y compris, si elle était souhaitée, la sécession du Québec du Canada. Comme l'a affirmé notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 745, «[l]a Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement». La méthode par laquelle une telle volonté politique prendrait forme et serait mobilisée demeure quelque peu conjecturale. Toutefois, on nous demande de présumer l'existence d'une telle volonté politique aux fins de répondre à la question soumise. Les termes mêmes du renvoi nous demandent de déterminer si, constitutionnellement, l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec pourraient procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada dans de telles circonstances.

86

The “unilateral” nature of the act is of cardinal importance and we must be clear as to what is understood by this term. In one sense, any step towards a constitutional amendment initiated by a single actor on the constitutional stage is “unilateral”. We do not believe that this is the meaning contemplated by Question 1, nor is this the sense in which the term has been used in argument before us. Rather, what is claimed by a right to secede “unilaterally” is the right to effectuate secession without prior negotiations with the other provinces and the federal government. At issue is not the legality of the first step but the legality of the final act of purported unilateral secession. The supposed juridical basis for such an act is said to be a clear expression of democratic will in a referendum in the province of Quebec. This claim

Le caractère «unilatéral» de l'acte est de première importance, et il faut bien comprendre le sens donné à ce mot. Dans un sens, toute démarche faite par un acteur unique sur le plan constitutionnel en vue de parvenir à une modification de la Constitution est «unilatérale». Nous ne pensons pas que tel soit le sens visé dans la question 1, ni le sens donné dans les arguments présentés devant nous. Ce qui est revendiqué comme droit de faire «unilatéralement» sécession est plutôt le droit de procéder à la sécession sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral. Ce n'est pas la légalité de la démarche initiale qui est en cause ici, mais la légalité de l'acte final de sécession unilatérale envisagée. Le fondement juridique d'un tel acte serait une volonté démocratique clairement exprimée par un référen-

requires us to examine the possible juridical impact, if any, of such a referendum on the functioning of our Constitution, and on the claimed legality of a unilateral act of secession.

Although the Constitution does not itself address the use of a referendum procedure, and the results of a referendum have no direct role or legal effect in our constitutional scheme, a referendum undoubtedly may provide a democratic method of ascertaining the views of the electorate on important political questions on a particular occasion. The democratic principle identified above would demand that considerable weight be given to a clear expression by the people of Quebec of their will to secede from Canada, even though a referendum, in itself and without more, has no direct legal effect, and could not in itself bring about unilateral secession. Our political institutions are premised on the democratic principle, and so an expression of the democratic will of the people of a province carries weight, in that it would confer legitimacy on the efforts of the government of Quebec to initiate the Constitution's amendment process in order to secede by constitutional means. In this context, we refer to a "clear" majority as a qualitative evaluation. The referendum result, if it is to be taken as an expression of the democratic will, must be free of ambiguity both in terms of the question asked and in terms of the support it achieves.

The federalism principle, in conjunction with the democratic principle, dictates that the clear repudiation of the existing constitutional order and the clear expression of the desire to pursue secession by the population of a province would give rise to a reciprocal obligation on all parties to Confederation to negotiate constitutional changes to respond to that desire. The amendment of the Constitution begins with a political process undertaken pursuant to the Constitution itself. In Canada, the initiative for constitutional amendment is the responsibility of democratically elected representatives of the participants in Confederation. Those

dum dans la province de Québec. Cet argument nous amène à examiner l'impact juridique que pourrait avoir un tel référendum sur le fonctionnement de notre Constitution et sur la légalité alléguée d'un acte unilatéral de sécession.

La Constitution elle-même ne traite pas d'un recours au référendum, et les résultats d'un référendum n'ont aucun rôle direct ni effet juridique dans notre régime constitutionnel, mais un référendum peut certainement fournir un moyen démocratique de connaître l'opinion de l'électorat sur des questions politiques importantes dans un cas précis. Le principe démocratique défini plus haut exigerait d'accorder un poids considérable à l'expression claire par la population du Québec de sa volonté de faire sécession du Canada même si un référendum, de lui-même et sans plus, n'aurait aucun effet juridique direct et ne pourrait à lui seul réaliser une sécession unilatérale. Nos institutions politiques sont basées sur le principe démocratique et, par conséquent, l'expression de la volonté démocratique de la population d'une province aurait du poids, en ce sens qu'elle conférerait légitimité aux efforts que ferait le gouvernement du Québec pour engager un processus de modification de la Constitution en vue de faire sécession par des voies constitutionnelles. Dans ce contexte, nous parlons de majorité «claire» au sens qualitatif. Pour être considérés comme l'expression de la volonté démocratique, les résultats d'un référendum doivent être dénués de toute ambiguïté en ce qui concerne tant la question posée que l'appui reçu.

Le principe du fédéralisme, joint au principe démocratique, exige que la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé. La modification de la Constitution commence par un processus politique entrepris en vertu de la Constitution elle-même. Au Canada, l'initiative en matière de modification constitutionnelle relève de la responsabilité des représentants démocratique-

representatives may, of course, take their cue from a referendum, but in legal terms, constitution-making in Canada, as in many countries, is undertaken by the democratically elected representatives of the people. The corollary of a legitimate attempt by one participant in Confederation to seek an amendment to the Constitution is an obligation on all parties to come to the negotiating table. The clear repudiation by the people of Quebec of the existing constitutional order would confer legitimacy on demands for secession, and place an obligation on the other provinces and the federal government to acknowledge and respect that expression of democratic will by entering into negotiations and conducting them in accordance with the underlying constitutional principles already discussed.

ment élus des participants à la Confédération. Pour ces représentants, le signal peut être donné par un référendum mais, en termes juridiques, le pouvoir constituant au Canada, comme dans bien d'autres pays, appartient aux représentants du peuple élus démocratiquement. La tentative légitime, par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations. Le rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant conférait clairement légitimité aux revendications sécessionnistes, et imposerait aux autres provinces et au gouvernement fédéral l'obligation de prendre en considération et de respecter cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations et en les poursuivant en conformité avec les principes constitutionnels sous-jacents mentionnés précédemment.

89

What is the content of this obligation to negotiate? At this juncture, we confront the difficult inter-relationship between substantive obligations flowing from the Constitution and questions of judicial competence and restraint in supervising or enforcing those obligations. This is mirrored by the distinction between the legality and the legitimacy of actions taken under the Constitution. We propose to focus first on the substantive obligations flowing from this obligation to negotiate; once the nature of those obligations has been described, it is easier to assess the appropriate means of enforcement of those obligations, and to comment on the distinction between legality and legitimacy.

90

The conduct of the parties in such negotiations would be governed by the same constitutional principles which give rise to the duty to negotiate: federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and the protection of minorities. Those principles lead us to reject two absolutist propositions. One of those propositions is that there would be a legal obligation on the other provinces and federal government to accede to the secession of a province, subject only to negotiation of the logistical details of secession. This proposition is attributed either to the supposed implications of the

En quoi consiste l'obligation de négocier? La réponse à cette question nous oblige à envisager les liens délicats qui existent entre les obligations substantielles découlant de la Constitution et les moyens de les faire valoir, notamment la compétence des tribunaux et la réserve dont ils doivent faire preuve en la matière. La distinction faite entre la légalité et la légitimité des actes accomplis en vertu de la Constitution reflète la nature de ces liens. Nous nous proposons de traiter d'abord des obligations qui résultent de cette obligation de négocier. Après avoir décrit la nature de ces obligations, il sera plus facile d'apprécier les moyens appropriés pour en assurer le respect et de commenter la distinction entre légalité et légitimité.

La conduite des parties dans de telles négociations serait régie par les mêmes principes constitutionnels que ceux qui ont donné naissance à l'obligation de négocier: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionalisme et la primauté du droit, et la protection des minorités. Ces principes nous amènent à rejeter deux propositions extrêmes. La première consiste à dire que les autres provinces et le gouvernement fédéral auraient l'obligation légale de donner leur assentiment à la sécession d'une province, sous réserve seulement de la négociation des détails logistiques de la sécession. Cette propo-

democratic principle of the Constitution, or to the international law principle of self-determination of peoples.

For both theoretical and practical reasons, we cannot accept this view. We hold that Quebec could not purport to invoke a right of self-determination such as to dictate the terms of a proposed secession to the other parties: that would not be a negotiation at all. As well, it would be naive to expect that the substantive goal of secession could readily be distinguished from the practical details of secession. The devil would be in the details. The democracy principle, as we have emphasized, cannot be invoked to trump the principles of federalism and rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole. No negotiations could be effective if their ultimate outcome, secession, is cast as an absolute legal entitlement based upon an obligation to give effect to that act of secession in the Constitution. Such a foregone conclusion would actually undermine the obligation to negotiate and render it hollow.

However, we are equally unable to accept the reverse proposition, that a clear expression of self-determination by the people of Quebec would impose no obligations upon the other provinces or the federal government. The continued existence and operation of the Canadian constitutional order cannot remain indifferent to the clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. This would amount to the assertion that other constitutionally recognized principles necessarily trump the clearly expressed democratic will of the people of Quebec. Such a proposition fails to give sufficient weight to the underlying constitutional principles that must inform the amendment process, including the principles of democracy and federalism. The rights of other provinces and the federal government cannot deny the right of the government of Quebec to pursue secession, should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others. Negotiations

sition serait une conséquence soi-disant implicite du principe démocratique de la Constitution, ou reposerait sur le principe de l'autodétermination des peuples en droit international.

Nous ne pouvons accepter ce point de vue pour des raisons à la fois théoriques et pratiques. À notre avis, le Québec ne pourrait prétendre invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties les conditions d'une sécession: ce ne serait pas là une négociation. De même, il serait naïf de penser que l'objectif principal, la sécession, pourrait être distingué aisément des détails pratiques d'une sécession. Les écueils résident dans les détails. Comme nous l'avons souligné, on ne peut invoquer le principe de la démocratie pour écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Il n'y a pas de véritables négociations si le résultat recherché, la sécession, est conçu comme un droit absolu résultant d'une obligation constitutionnelle de lui donner effet. Un tel a priori viendrait en réalité anéantir l'obligation de négocier et la vider de son sens.

Toutefois, il nous est tout aussi impossible d'accepter la proposition inverse, selon laquelle une expression claire de la part de la population du Québec d'une volonté d'autodétermination n'imposerait aucune obligation aux autres provinces ou au gouvernement fédéral. L'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait demeurer indifférent devant l'expression claire d'une majorité claire de Québécois de leur désir de ne plus faire partie du Canada. Cela reviendrait à dire que d'autres principes constitutionnels reconnus l'emportent nécessairement sur la volonté démocratiquement et clairement exprimée de la population du Québec. Une telle proposition n'accorde pas suffisamment de poids aux principes constitutionnels sous-jacents qui doivent guider le processus de modification, notamment le principe de la démocratie et le principe du fédéralisme. Les droits des autres provinces et du gouvernement fédéral ne peuvent retirer au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité

would be necessary to address the interests of the federal government, of Quebec and the other provinces, and other participants, as well as the rights of all Canadians both within and outside Quebec.

93

Is the rejection of both of these propositions reconcilable? Yes, once it is realized that none of the rights or principles under discussion is absolute to the exclusion of the others. This observation suggests that other parties cannot exercise their rights in such a way as to amount to an absolute denial of Quebec's rights, and similarly, that so long as Quebec exercises its rights while respecting the rights of others, it may propose secession and seek to achieve it through negotiation. The negotiation process precipitated by a decision of a clear majority of the population of Quebec on a clear question to pursue secession would require the reconciliation of various rights and obligations by the representatives of two legitimate majorities, namely, the clear majority of the population of Quebec, and the clear majority of Canada as a whole, whatever that may be. There can be no suggestion that either of these majorities "trumps" the other. A political majority that does not act in accordance with the underlying constitutional principles we have identified puts at risk the legitimacy of the exercise of its rights.

94

In such circumstances, the conduct of the parties assumes primary constitutional significance. The negotiation process must be conducted with an eye to the constitutional principles we have outlined, which must inform the actions of all the participants in the negotiation process.

95

Refusal of a party to conduct negotiations in a manner consistent with constitutional principles and values would seriously put at risk the legitimacy of that party's assertion of its rights, and perhaps the negotiation process as a whole. Those who quite legitimately insist upon the importance of upholding the rule of law cannot at the same

claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecte les droits des autres. Des négociations seraient nécessaires pour traiter des intérêts du gouvernement fédéral, du Québec et des autres provinces, d'autres participants, ainsi que des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec.

Peut-on concilier le rejet de ces deux propositions? Oui, si l'on comprend bien qu'aucun des droits ou principes en question ici n'est absolu et qu'aucun ne peut exclure les autres. Cette remarque signifie que d'autres parties ne peuvent exercer leurs droits d'une manière qui reviendrait à nier de façon absolue les droits du Québec et que, de la même façon, tant que le Québec exerce ses droits en respectant les droits des autres, il peut proposer la sécession et chercher à la réaliser par la voie de la négociation. Le processus de négociation qui découlerait d'une décision d'une majorité claire de la population du Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, exigerait la conciliation de divers droits et obligations par les représentants de deux majorités légitimes, à savoir une claire majorité de la population du Québec et une claire majorité de l'ensemble du Canada quelle qu'elle soit. On ne peut admettre que l'une ou l'autre de ces majorités l'emporte sur l'autre. Une majorité politique qui n'agit pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons décrits met en péril la légitimité de l'exercice de ses droits.

Dans de telles circonstances, la conduite des parties acquiert une grande importance constitutionnelle. On doit mener les négociations sans jamais perdre de vue les principes constitutionnels que nous avons décrits et ces principes doivent guider le comportement de tous les participants à ces négociations.

Le refus d'une partie de participer à des négociations dans le respect des principes et valeurs constitutionnels mettrait gravement en péril la légitimité de ses revendications et peut-être aussi l'ensemble du processus de négociation. Ceux qui, très légitimement, insistent sur l'importance du respect de la primauté du droit ne peuvent, en même

time be oblivious to the need to act in conformity with constitutional principles and values, and so do their part to contribute to the maintenance and promotion of an environment in which the rule of law may flourish.

No one can predict the course that such negotiations might take. The possibility that they might not lead to an agreement amongst the parties must be recognized. Negotiations following a referendum vote in favour of seeking secession would inevitably address a wide range of issues, many of great import. After 131 years of Confederation, there exists, inevitably, a high level of integration in economic, political and social institutions across Canada. The vision of those who brought about Confederation was to create a unified country, not a loose alliance of autonomous provinces. Accordingly, while there are regional economic interests, which sometimes coincide with provincial boundaries, there are also national interests and enterprises (both public and private) that would face potential dismemberment. There is a national economy and a national debt. Arguments were raised before us regarding boundary issues. There are linguistic and cultural minorities, including aboriginal peoples, unevenly distributed across the country who look to the Constitution of Canada for the protection of their rights. Of course, secession would give rise to many issues of great complexity and difficulty. These would have to be resolved within the overall framework of the rule of law, thereby assuring Canadians resident in Quebec and elsewhere a measure of stability in what would likely be a period of considerable upheaval and uncertainty. Nobody seriously suggests that our national existence, seamless in so many aspects, could be effortlessly separated along what are now the provincial boundaries of Quebec. As the Attorney General of Saskatchewan put it in his oral submission:

A nation is built when the communities that comprise it make commitments to it, when they forego choices and opportunities on behalf of a nation, . . . when the communities that comprise it make compromises, when they offer each other guarantees, when they make trans-

temps, faire abstraction de la nécessité d'agir en conformité avec les principes et valeurs constitutionnels et ainsi de faire leur part pour contribuer à la préservation et à la promotion d'un cadre dans lequel la règle de droit puisse s'épanouir.

Personne ne peut prédire le cours que pourraient prendre de telles négociations. Il faut reconnaître la possibilité qu'elles n'aboutissent pas à un accord entre les parties. Des négociations engagées à la suite d'un vote référendaire en faveur d'un projet de sécession toucheraient inévitablement des questions très diverses et souvent d'une grande portée. Il existe inévitablement, après 131 ans de Confédération, un haut niveau d'intégration des institutions économiques, politiques et sociales au Canada. La vision des fondateurs de la Confédération était de créer un pays uni et non pas une vague alliance de provinces autonomes. Par conséquent, s'il existe des intérêts économiques régionaux qui coïncident parfois avec les frontières provinciales, il existe également des entreprises et intérêts (publics et privés) nationaux qui seraient exposés au démantèlement. Il y a une économie nationale et une dette nationale. La question des frontières territoriales a été invoquée devant nous. Des minorités linguistiques et culturelles, dont les peuples autochtones, réparties de façon inégale dans l'ensemble du pays, comptent sur la Constitution du Canada pour protéger leurs droits. Bien sûr, la sécession donnerait naissance à une multitude de questions très difficiles et très complexes, qu'il faudrait résoudre dans le cadre général de la primauté du droit de façon à assurer aux Canadiens résidant au Québec et ailleurs une certaine stabilité pendant ce qui serait probablement une période d'incertitude et de bouleversement profonds. Nul ne peut sérieusement soutenir que notre existence nationale, si étroitement tissée sous tant d'aspects, pourrait être déchirée sans efforts selon les frontières provinciales actuelles du Québec. Comme le disait le Procureur général de la Saskatchewan dans sa plaidoirie:

[TRADUCTION] Une nation est construite lorsque les collectivités qui la composent prennent des engagements à son égard, quand elles renoncent à des choix et des possibilités, au nom d'une nation, [...] quand les collectivités qui la composent font des compromis, quand

fers and perhaps most pointedly, when they receive from others the benefits of national solidarity. The threads of a thousand acts of accommodation are the fabric of a nation. . . .

97

In the circumstances, negotiations following such a referendum would undoubtedly be difficult. While the negotiators would have to contemplate the possibility of secession, there would be no absolute legal entitlement to it and no assumption that an agreement reconciling all relevant rights and obligations would actually be reached. It is foreseeable that even negotiations carried out in conformity with the underlying constitutional principles could reach an impasse. We need not speculate here as to what would then transpire. Under the Constitution, secession requires that an amendment be negotiated.

98

The respective roles of the courts and political actors in discharging the constitutional obligations we have identified follows ineluctably from the foregoing observations. In the *Patriation Reference*, a distinction was drawn between the law of the Constitution, which, generally speaking, will be enforced by the courts, and other constitutional rules, such as the conventions of the Constitution, which carry only political sanctions. It is also the case, however, that judicial intervention, even in relation to the law of the Constitution, is subject to the Court's appreciation of its proper role in the constitutional scheme.

99

The notion of justiciability is, as we earlier pointed out in dealing with the preliminary objection, linked to the notion of appropriate judicial restraint. We earlier made reference to the discussion of justiciability in *Reference re Canada Assistance Plan, supra*, at p. 545:

In exercising its discretion whether to determine a matter that is alleged to be non-justiciable, the Court's primary concern is to retain its proper role within the constitutional framework of our democratic form of government.

elles se donnent des garanties mutuelles, quand elles échangent et, peut-être plus à propos, quand elles reçoivent des autres les avantages de la solidarité nationale. Les fils de milliers de concessions mutuelles tissent la toile de la nation . . .

Dans ces circonstances, on ne peut douter que des négociations résultant d'un tel référendum seraient difficiles. Les négociateurs devraient envisager la possibilité d'une sécession, sans qu'il y ait toutefois de droit absolu à la sécession ni certitude qu'il sera réellement possible de parvenir à un accord conciliant tous les droits et toutes les obligations en jeu. Il est concevable que même des négociations menées en conformité avec les principes constitutionnels fondamentaux aboutissent à une impasse. Nous n'avons pas ici à faire des conjectures sur ce qui surviendrait alors. En vertu de la Constitution, la sécession exige la négociation d'une modification.

Les rôles respectifs des tribunaux et des acteurs politiques, dans l'exécution des obligations constitutionnelles que nous avons décrites, découlent inéluctablement des remarques antérieures. Dans le *Renvoi relatif au rapatriement*, une distinction a été faite entre le droit de la Constitution, que généralement les tribunaux font respecter, et d'autres règles constitutionnelles, telles les conventions de la Constitution, qui sont susceptibles de sanctions politiques seulement. Ici encore, toutefois, l'intervention judiciaire, même en ce qui concerne le droit de la Constitution, est subordonnée à l'appréciation que la Cour fait du rôle qui lui revient dans notre système constitutionnel.

Comme nous l'avons souligné dans l'examen des objections préliminaires, la notion de justiciabilité est liée à la notion de réserve judiciaire appropriée. Nous citons plus haut cette allusion à la question de la justiciabilité dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, à la p. 545:

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient de répondre à une question qui, allègue-t-on, ne relève pas de la compétence des tribunaux, la Cour doit veiller surtout à conserver le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement.

In *Operation Dismantle*, *supra*, at p. 459, it was pointed out that justiciability is a “doctrine . . . founded upon a concern with the appropriate role of the courts as the forum for the resolution of different types of disputes”. An analogous doctrine of judicial restraint operates here. Also, as observed in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49 (the Auditor General’s case), at p. 91:

There is an array of issues which calls for the exercise of judicial judgment on whether the questions are properly cognizable by the courts. Ultimately, such judgment depends on the appreciation by the judiciary of its own position in the constitutional scheme.

The role of the Court in this Reference is limited to the identification of the relevant aspects of the Constitution in their broadest sense. We have interpreted the questions as relating to the constitutional framework within which political decisions may ultimately be made. Within that framework, the workings of the political process are complex and can only be resolved by means of political judgments and evaluations. The Court has no supervisory role over the political aspects of constitutional negotiations. Equally, the initial impetus for negotiation, namely a clear majority on a clear question in favour of secession, is subject only to political evaluation, and properly so. A right and a corresponding duty to negotiate secession cannot be built on an alleged expression of democratic will if the expression of democratic will is itself fraught with ambiguities. Only the political actors would have the information and expertise to make the appropriate judgment as to the point at which, and the circumstances in which, those ambiguities are resolved one way or the other.

If the circumstances giving rise to the duty to negotiate were to arise, the distinction between the strong defence of legitimate interests and the taking of positions which, in fact, ignore the legitimate interests of others is one that also defies legal analysis. The Court would not have access to all of

L’arrêt *Operation Dismantle*, précité, à la p. 459, souligne que la justiciabilité est une «doctrine [...] fondée sur une préoccupation à l’égard du rôle approprié des tribunaux en tant que tribune pour résoudre divers genres de différends». Un principe analogue de réserve judiciaire s’applique ici. L’arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49 (l’arrêt *Vérificateur général*), dit aussi, à la p. 91:

Il existe tout un éventail de questions litigieuses exigeant l’exercice d’un jugement judiciaire pour déterminer si elles relèvent à bon droit de la compétence des tribunaux. Finalement, un tel jugement dépend de l’appréciation par le judiciaire de sa propre position dans le système constitutionnel.

Le rôle de notre Cour dans ce renvoi se limite à identifier les aspects pertinents de la Constitution, dans leur sens le plus large. Nous avons interprété les questions comme se rapportant au cadre constitutionnel dans lequel des décisions politiques peuvent, en dernière analyse, être prises. À l’intérieur de ce cadre, les rouages du processus politique sont complexes et ne peuvent être déterminés que par le moyen de jugements et d’évaluations d’ordre politique. La Cour n’a aucun rôle de surveillance à jouer sur les aspects politiques des négociations constitutionnelles. De même, l’incitation initiale à la négociation, à savoir une majorité claire en faveur de la sécession en réponse à une question claire, n’est assujettie qu’à une évaluation d’ordre politique, et ce à juste titre. Le droit et l’obligation correspondante de négocier ne peuvent reposer sur une présumée expression de volonté démocratique si cette expression est elle-même chargée d’ambiguïtés. Seuls les acteurs politiques auraient l’information et l’expertise pour juger du moment où ces ambiguïtés seraient résolues dans un sens ou dans l’autre, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles le seraient.¹⁰⁰

Si les circonstances donnant lieu à l’obligation de négocier devaient survenir, l’analyse juridique ne permettrait pas non plus de faire la distinction entre la défense énergique d’intérêts légitimes et la prise de positions qui, en réalité, écarteraient totalement les intérêts légitimes de certains. La Cour

the information available to the political actors, and the methods appropriate for the search for truth in a court of law are ill-suited to getting to the bottom of constitutional negotiations. To the extent that the questions are political in nature, it is not the role of the judiciary to interpose its own views on the different negotiating positions of the parties, even were it invited to do so. Rather, it is the obligation of the elected representatives to give concrete form to the discharge of their constitutional obligations which only they and their electors can ultimately assess. The reconciliation of the various legitimate constitutional interests outlined above is necessarily committed to the political rather than the judicial realm, precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of the negotiation process. Having established the legal framework, it would be for the democratically elected leadership of the various participants to resolve their differences.

n'aurait pas accès à toute l'information dont disposeront les acteurs politiques, et les méthodes établies pour la recherche de la vérité devant une cour de justice sont mal adaptées à une analyse en profondeur de négociations constitutionnelles. Dans la mesure où les questions sont de nature politique, ce n'est pas le rôle du judiciaire d'interposer ses propres opinions sur les positions divergentes adoptées par les parties aux négociations, même s'il était invité à le faire. Il incombe plutôt aux représentants élus de s'acquitter de leurs obligations constitutionnelles d'une façon concrète que, en dernière analyse, seuls leurs électeurs et eux-mêmes sont en mesure d'évaluer. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes décrits plus haut relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le «donnant, donnant» du processus de négociation. Une fois établi le cadre juridique, il appartiendrait aux dirigeants démocratiquement élus des divers participants de résoudre leurs différends.

102 The non-justiciability of political issues that lack a legal component does not deprive the surrounding constitutional framework of its binding status, nor does this mean that constitutional obligations could be breached without incurring serious legal repercussions. Where there are legal rights there are remedies, but as we explained in the *Auditor General's* case, *supra*, at p. 90, and *New Brunswick Broadcasting*, *supra*, the appropriate recourse in some circumstances lies through the workings of the political process rather than the courts.

La non-justiciabilité de questions politiques dénuées de composante juridique ne retire pas au cadre constitutionnel existant son caractère impératif et ne signifie pas non plus que les obligations constitutionnelles pourraient être violées sans entraîner de graves conséquences juridiques. Quand il existe des droits, il existe des réparations, mais comme nous l'expliquons dans *Vérificateur général*, précité, à la p. 90, et *New Brunswick Broadcasting*, précité, le recours approprié, dans certaines circonstances, fait appel aux mécanismes du processus politique plutôt qu'aux tribunaux.

103 To the extent that a breach of the constitutional duty to negotiate in accordance with the principles described above undermines the legitimacy of a party's actions, it may have important ramifications at the international level. Thus, a failure of the duty to undertake negotiations and pursue them according to constitutional principles may undermine that government's claim to legitimacy which is generally a precondition for recognition by the international community. Conversely, violations of those principles by the federal or other provincial

Dans la mesure où la violation de l'obligation constitutionnelle de négocier conformément aux principes décrits ci-dessus mine la légitimité des actions d'une partie, elle peut avoir des répercussions importantes au plan international. Ainsi, le manquement à l'obligation d'engager et de poursuivre des négociations en conformité avec les principes constitutionnels peut affaiblir la légitimité du gouvernement qui s'en réclame, alors que celle-ci est en règle générale une condition préalable à la reconnaissance par la communauté internationale.

governments responding to the request for secession may undermine their legitimacy. Thus, a Quebec that had negotiated in conformity with constitutional principles and values in the face of unreasonable intransigence on the part of other participants at the federal or provincial level would be more likely to be recognized than a Quebec which did not itself act according to constitutional principles in the negotiation process. Both the legality of the acts of the parties to the negotiation process under Canadian law, and the perceived legitimacy of such action, would be important considerations in the recognition process. In this way, the adherence of the parties to the obligation to negotiate would be evaluated in an indirect manner on the international plane.

Accordingly, the secession of Quebec from Canada cannot be accomplished by the National Assembly, the legislature or government of Quebec unilaterally, that is to say, without principled negotiations, and be considered a lawful act. Any attempt to effect the secession of a province from Canada must be undertaken pursuant to the Constitution of Canada, or else violate the Canadian legal order. However, the continued existence and operation of the Canadian constitutional order cannot remain unaffected by the unambiguous expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The primary means by which that expression is given effect is the constitutional duty to negotiate in accordance with the constitutional principles that we have described herein. In the event secession negotiations are initiated, our Constitution, no less than our history, would call on the participants to work to reconcile the rights, obligations and legitimate aspirations of all Canadians within a framework that emphasizes constitutional responsibilities as much as it does constitutional rights.

It will be noted that Question 1 does not ask how secession could be achieved in a constitu-

tional. Inversement, la violation de ces principes par le gouvernement fédéral ou le gouvernement d'autres provinces dans leur réponse à une demande de sécession peut entacher leur légitimité. Ainsi, un Québec qui aurait négocié dans le respect des principes et valeurs constitutionnels face à l'intransigeance injustifiée d'autres participants au niveau fédéral ou provincial aurait probablement plus de chances d'être reconnu qu'un Québec qui n'aurait pas lui-même agi conformément aux principes constitutionnels au cours du processus de négociation. La légalité des actes des parties au processus de négociation selon le droit canadien ainsi que la légitimité qu'on leur reconnaît seraient l'une et l'autre des considérations importantes dans le processus de reconnaissance. De cette manière, l'adhésion des parties à l'obligation de négocier serait indirectement évaluée au plan international.

Il ressort donc clairement de l'analyse qui précède que la sécession du Québec du Canada ne peut pas être considérée un acte légal si elle est réalisée unilatéralement par l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec, c'est-à-dire sans négociations conformes aux principes. Tout projet de sécession d'une province du Canada qui n'est pas entrepris en conformité avec la Constitution du Canada est une violation de l'ordre juridique du Canada. Cependant, l'ordre constitutionnel canadien ne peut manquer d'être affecté dans son existence et son fonctionnement par l'expression non ambiguë d'une majorité claire de Québécois de leur désir de ne plus faire partie du Canada. Le principal moyen de donner effet à cette expression est l'obligation constitutionnelle de négocier conformément aux principes constitutionnels que nous avons définis. Si des négociations de sécession étaient engagées, notre Constitution, tout autant que notre histoire, appelleraient les participants à s'efforcer de concilier les droits, les obligations et les aspirations légitimes de tous les Canadiens dans un cadre qui donnerait autant d'importance aux responsabilités qu'aux droits de chacun en vertu de la Constitution.

Il faut souligner que la question 1 ne demande pas comment la sécession pourrait être réalisée de

tional manner, but addresses one form of secession only, namely unilateral secession. Although the applicability of various procedures to achieve lawful secession was raised in argument, each option would require us to assume the existence of facts that at this stage are unknown. In accordance with the usual rule of prudence in constitutional cases, we refrain from pronouncing on the applicability of any particular constitutional procedure to effect secession unless and until sufficiently clear facts exist to squarely raise an issue for judicial determination.

(5) Suggested Principle of Effectivity

106

In the foregoing discussion we have not overlooked the principle of effectivity, which was placed at the forefront in argument before us. For the reasons that follow, we do not think that the principle of effectivity has any application to the issues raised by Question 1. A distinction must be drawn between the right of a people to act, and their power to do so. They are not identical. A right is recognized in law: mere physical ability is not necessarily given status as a right. The fact that an individual or group can act in a certain way says nothing at all about the legal status or consequences of the act. A power may be exercised even in the absence of a right to do so, but if it is, then it is exercised without legal foundation. Our Constitution does not address powers in this sense. On the contrary, the Constitution is concerned only with the rights and obligations of individuals, groups and governments, and the structure of our institutions. It was suggested before us that the National Assembly, legislature or government of Quebec could unilaterally effect the secession of that province from Canada, but it was not suggested that they might do so as a matter of law: rather, it was contended that they simply could do so as a matter of fact. Although under the Constitution there is no right to pursue secession unilaterally, that is secession without principled negotiation, this does not rule out the possibility of an unconstitutional declaration of secession leading to a *de facto* secession. The ultimate success of such a secession would be dependent on effective control of a territory and recognition by the interna-

façon constitutionnelle, mais vise uniquement une seule forme de sécession, la sécession unilatérale. Bien que la possibilité d'appliquer des procédures diverses pour réaliser la sécession ait été abordée dans les plaidoiries, chaque option exigerait que nous présumions l'existence de faits qui sont inconnus à ce stade. Selon la règle de prudence requise en matière constitutionnelle, nous nous abstenons de toute conclusion quant à l'application possible d'une procédure précise pour faire sécession tant qu'il n'existe pas suffisamment de faits clairs soulevant une question justiciable.

(5) L'argument fondé sur le principe de l'effectivité

Dans ce qui précède, nous n'avons pas écarté le principe de l'effectivité qui a été au premier rang de l'argumentation soumise. Pour les raisons qui suivent, nous ne croyons pas que le principe de l'effectivité s'applique de quelque façon aux points soulevés par la question 1. Il faut bien faire la distinction entre le droit d'un peuple d'agir et son pouvoir d'agir. Ils ne sont pas identiques. Un droit est reconnu par la loi; la simple possibilité matérielle n'a pas nécessairement le statut de droit. Le fait qu'une personne ou un groupe puisse agir d'une certaine manière ne détermine aucunement la qualité ou les conséquences juridiques de l'acte. Un pouvoir peut être exercé même en l'absence d'un droit d'agir, mais ce pouvoir est alors exercé sans fondement juridique. Notre Constitution ne traite pas de pouvoirs dans ce sens-là. Au contraire, notre Constitution s'intéresse uniquement aux droits et obligations d'individus, de groupes et de gouvernements et à la structure de nos institutions. On a soutenu que l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec pourraient réaliser unilatéralement la sécession de cette province du Canada, mais on n'a pas indiqué qu'ils pourraient la réaliser en droit: on a plutôt prétendu qu'ils pourraient simplement l'accomplir dans les faits. Quoiqu'il n'existe aucun droit à la sécession unilatérale dans la Constitution, c'est-à-dire sans négociation conforme aux principes, cela n'exclut pas la possibilité d'une déclaration inconstitutionnelle de sécession aboutissant à une sécession de fait. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait du contrôle effectif d'un territoire et de la

tional community. The principles governing secession at international law are discussed in our answer to Question 2.

In our view, the alleged principle of effectivity has no constitutional or legal status in the sense that it does not provide an *ex ante* explanation or justification for an act. In essence, acceptance of a principle of effectivity would be tantamount to accepting that the National Assembly, legislature or government of Quebec may act without regard to the law, simply because it asserts the power to do so. So viewed, the suggestion is that the National Assembly, legislature or government of Quebec could purport to secede the province unilaterally from Canada in disregard of Canadian and international law. It is further suggested that if the secession bid was successful, a new legal order would be created in that province, which would then be considered an independent state.

Such a proposition is an assertion of fact, not a statement of law. It may or may not be true; in any event it is irrelevant to the questions of law before us. If, on the other hand, it is put forward as an assertion of law, then it simply amounts to the contention that the law may be broken as long as it can be broken successfully. Such a notion is contrary to the rule of law, and must be rejected.

B. *Question 2*

Does international law give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally? In this regard, is there a right to self-determination under international law that would give the National Assembly, legislature or government of Quebec the right to

reconnaissance par la communauté internationale. Les principes régissant la sécession en droit international sont analysés dans notre réponse à la question 2.

À notre avis, le principe de l'effectivité qui a été plaidé n'a aucun statut constitutionnel ou juridique en ce sens qu'il ne fournit pas d'explication ou de justification préalable à l'acte. L'acceptation d'un principe de l'effectivité reviendrait essentiellement à accepter que l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec peuvent agir sans tenir compte du droit, pour la simple raison qu'ils affirment avoir le pouvoir de le faire. Dans une telle perspective, on suggère en réalité que l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec pourraient prétendre réaliser unilatéralement la sécession de la province du Canada dans le non-respect du droit canadien et international. On soutient en outre que, si le projet sécessionniste réussissait, un nouvel ordre juridique serait créé dans la province qui serait alors considérée comme un État indépendant.

Cette proposition est un énoncé de fait, ce n'est pas un énoncé de droit. Elle peut être ou ne pas être vraie; elle n'a de toute façon aucune pertinence quant aux questions de droit dont nous sommes saisis. Si, par contre, cette proposition est présentée comme un énoncé de droit, elle revient tout simplement à soutenir que l'on peut violer la loi tant que la violation réussit. Une telle affirmation est contraire à la primauté du droit et doit donc être rejetée.

B. *Question 2*

L'Assemblée nationale, la législature, ou le gouvernement du Québec possède-t-il, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada? À cet égard, en vertu du droit international, existe-t-il un droit à l'autodétermination qui procurerait à l'Assemblée nationale, la législature,

107

effect the secession of Quebec from Canada unilaterally?

¹⁰⁹ For reasons already discussed, the Court does not accept the contention that Question 2 raises a question of “pure” international law which this Court has no jurisdiction to address. Question 2 is posed in the context of a Reference to address the existence or non-existence of a right of unilateral secession by a province of Canada. The *amicus curiae* argues that this question ultimately falls to be determined under international law. In addressing this issue, the Court does not purport to act as an arbiter between sovereign states or more generally within the international community. The Court is engaged in rendering an advisory opinion on certain legal aspects of the continued existence of the Canadian federation. International law has been invoked as a consideration and it must therefore be addressed.

¹¹⁰ The argument before the Court on Question 2 has focused largely on determining whether, under international law, a positive legal right to unilateral secession exists in the factual circumstances assumed for the purpose of our response to Question 1. Arguments were also advanced to the effect that, regardless of the existence or non-existence of a positive right to unilateral secession, international law will in the end recognize effective political realities — including the emergence of a new state — as facts. While our response to Question 2 will address considerations raised by this alternative argument of “effectivity”, it should first be noted that the existence of a positive legal entitlement is quite different from a prediction that the law will respond after the fact to a then existing political reality. These two concepts examine different points in time. The questions posed to the Court address legal rights in advance of a unilateral act of purported secession. While we touch below on the practice governing the international recognition of emerging states, the Court is as wary of entertaining speculation about the possible future conduct of sovereign states on the international level as it was under Question 1 to speculate

ou le gouvernement du Québec le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

Pour les raisons discutées précédemment, la Cour n'accepte pas la prétention que la question 2 soulève une question de droit international «pur» sur laquelle elle n'a pas compétence. La question 2 est posée dans le contexte d'un renvoi touchant l'existence ou l'inexistence du droit d'une province du Canada de faire sécession unilatéralement. L'*amicus curiae* plaide que cette question doit ultimement être tranchée en vertu du droit international. Dans l'examen de cette question, la Cour ne prétend pas agir à titre d'arbitre entre États souverains ou, plus généralement, au sein de la communauté internationale. La Cour donne un avis consultatif sur certains aspects juridiques du maintien de l'existence de la fédération canadienne. Le droit international est un des facteurs qui ont été plaidés et, par conséquent, il doit être examiné.

L'argumentation présentée à la Cour sur la question 2 a porté principalement sur la question de savoir si, en droit international, il existe un droit de sécession unilatérale dans les circonstances qui ont été présentées aux fins de la question 1. On a également avancé d'autres arguments voulant que, indépendamment de l'existence ou de l'inexistence d'un droit de sécession unilatérale, le droit international reconnaîtra en bout de ligne comme un état de fait certaines réalités politiques concrètes — y compris l'émergence d'un nouvel État. Bien que notre réponse à la question 2 tienne compte de considérations soulevées par l'argument subsidiaire fondé sur l'«effectivité», il faut souligner d'abord qu'il y a une grande différence entre conclure à l'existence d'un droit positif et prédire que le droit réagira, après le fait, à une réalité politique existante. Ces deux concepts s'attachent à des moments différents. Les questions posées à la Cour portent sur des droits juridiques dans la perspective d'un éventuel acte unilatéral censé opérer sécession. Même si nous abordons plus loin la pratique régissant la reconnaissance internationale des nouveaux États, notre Cour est tout aussi réticente à se livrer à des spéculations sur les réactions éven-

about the possible future course of political negotiations among the participants in the Canadian federation. In both cases, the Reference questions are directed only to the legal framework within which the political actors discharge their various mandates.

(1) Secession at International Law

It is clear that international law does not specifically grant component parts of sovereign states the legal right to secede unilaterally from their “parent” state. This is acknowledged by the experts who provided their opinions on behalf of both the *amicus curiae* and the Attorney General of Canada. Given the lack of specific authorization for unilateral secession, proponents of the existence of such a right at international law are therefore left to attempt to found their argument (i) on the proposition that unilateral secession is not specifically prohibited and that what is not specifically prohibited is inferentially permitted; or (ii) on the implied duty of states to recognize the legitimacy of secession brought about by the exercise of the well-established international law right of “a people” to self-determination. The *amicus curiae* addressed the right of self-determination, but submitted that it was not applicable to the circumstances of Quebec within the Canadian federation, irrespective of the existence or non-existence of a referendum result in favour of secession. We agree on this point with the *amicus curiae*, for reasons that we will briefly develop.

(a) *Absence of a Specific Prohibition*

International law contains neither a right of unilateral secession nor the explicit denial of such a right, although such a denial is, to some extent, implicit in the exceptional circumstances required for secession to be permitted under the right of a people to self-determination, e.g., the right of secession that arises in the exceptional situation of an oppressed or colonial people, discussed below. As will be seen, international law places great

tuelles d’États souverains à l’échelle internationale qu’elle l’était, dans le cadre de la question 1, quant au déroulement d’éventuelles négociations politiques entre les participants à la fédération canadienne. Dans les deux cas, les questions du renvoi visent uniquement le cadre juridique à l’intérieur duquel les acteurs politiques s’acquittent de leur mandat respectif.

(1) La sécession en droit international

Il est clair que le droit international n’accorde pas expressément aux parties constituantes d’un État souverain le droit de faire sécession unilatéralement de l’État «parent». Cela est reconnu par les experts qui ont donné leur avis tant pour le compte de l’*amicus curiae* que pour le compte du procureur général du Canada. Puisque la sécession unilatérale ne fait pas l’objet d’autorisation expresse, les tenants de l’existence d’un tel droit en droit international n’ont d’autre choix que de fonder leur argument (i) soit sur la thèse selon laquelle la sécession unilatérale n’est pas expressément interdite, et que ce qui n’est pas explicitement interdit est, par inférence, permis; (ii) soit sur l’obligation implicite qui incombe aux États de reconnaître la légitimité d’une sécession accomplie par l’exercice du droit, bien établi en droit international, qu’a «un peuple» à l’autodétermination. L’*amicus curiae* a abordé le droit à l’autodétermination mais a soutenu que celui-ci ne s’appliquait pas au cas du Québec au sein de la fédération canadienne, indépendamment de l’existence ou de l’inexistence d’un résultat référendaire en faveur de la sécession. Nous sommes d’accord avec l’*amicus curiae* sur ce point, pour les raisons que nous allons exposer brièvement.

a) *L’absence d’interdiction expresse*

Le droit international ne prévoit pas de droit de sécession unilatérale, mais il n’en nie pas explicitement l’existence, quoique, dans une certaine mesure, une telle négation découle implicitement du caractère exceptionnel des circonstances qui sont requises pour autoriser une sécession fondée sur le droit d’un peuple à l’autodétermination, comme le droit de sécession découlant de la situation exceptionnelle d’un peuple opprimé ou colo-

111

112

importance on the territorial integrity of nation states and, by and large, leaves the creation of a new state to be determined by the domestic law of the existing state of which the seceding entity presently forms a part (R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (1963), at pp. 8-9). Where, as here, unilateral secession would be incompatible with the domestic Constitution, international law is likely to accept that conclusion subject to the right of peoples to self-determination, a topic to which we now turn.

nisé, qui est examiné plus loin. Comme nous le verrons, le droit international attache une grande importance à l'intégrité territoriale des États Nations et, de manière générale, laisse le droit interne de l'État existant dont l'entité sécessionniste fait toujours partie décider de la création ou non d'un nouvel État (R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (1963), aux pp. 8 et 9). Dans les cas, comme celui qui nous occupe, où la sécession unilatérale serait incompatible avec la constitution interne, le droit international acceptera vraisemblablement cette conclusion, sous réserve du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ou droit à l'autodétermination, sujet que nous allons maintenant aborder.

(b) *The Right of a People to Self-determination*

¹¹³ While international law generally regulates the conduct of nation states, it does, in some specific circumstances, also recognize the "rights" of entities other than nation states — such as the right of a people to self-determination.

b) *Le droit d'un peuple à l'autodétermination*

Bien que le droit international régisse généralement la conduite des États Nations, il reconnaît également, dans certaines circonstances précises, les «droits» d'entités qui ne sont pas des États Nations — tel le droit d'un peuple à l'autodétermination.

¹¹⁴ The existence of the right of a people to self-determination is now so widely recognized in international conventions that the principle has acquired a status beyond "convention" and is considered a general principle of international law. (A. Cassese, *Self-determination of peoples: A legal reappraisal* (1995), at pp. 171-72; K. Doehring, "Self-Determination", in B. Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary* (1994), at p. 70.)

L'existence du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est aujourd'hui si largement reconnue dans les conventions internationales que ce principe a acquis un statut supérieur à celui d'une «convention» et est considéré comme un principe général du droit international. (A. Cassese, *Self-determination of peoples: A legal reappraisal* (1995), aux pp. 171 et 172; K. Doehring, «Self-Determination», dans B. Simma, éd., *The Charter of the United Nations: A Commentary* (1994), à la p. 70.)

¹¹⁵ Article 1 of the *Charter of the United Nations*, Can. T.S. 1945 No. 7, states in part that one of the purposes of the United Nations (U.N.) is:

Article I

L'article premier de la *Charte des Nations Unies*, R.T. Can. 1945 n° 7, édicte notamment que l'un des buts des Nations Unies est de:

Article I

2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace;

2. Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde;

Article 55 of the U.N. Charter further states that the U.N. shall promote goals such as higher standards of living, full employment and human rights “[w]ith a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples”.

This basic principle of self-determination has been carried forward and addressed in so many U.N. conventions and resolutions that, as noted by Doebring, *supra*, at p. 60:

The sheer number of resolutions concerning the right of self-determination makes their enumeration impossible.

For our purposes, reference to the following conventions and resolutions is sufficient. Article 1 of both the U.N.’s *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, and its *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, states:

1. All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

Similarly, the U.N. General Assembly’s *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970 (*Declaration on Friendly Relations*), states:

By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples enshrined in the Charter of the United Nations, all peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development, and every State has the duty to respect this right in accordance with the provisions of the Charter.

In 1993, the U.N. World Conference on Human Rights adopted the *Vienna Declaration and Programme of Action*, A/CONF.157/24, 25 June 1993,

¹¹⁶ En outre, en vertu de l’art. 55 de sa Charte, l’Organisation des Nations Unies favorise des buts tels le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et le respect des droits de l’homme «[e]n vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l’égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d’eux-mêmes».

¹¹⁷ Le principe fondamental de l’autodétermination est énoncé et discuté dans un si grand nombre de conventions et de résolutions des Nations Unies que Doebring, *loc. cit.*, souligne ceci, à la p. 60:

[TRADUCTION] Le nombre même de résolutions concernant le droit à l’autodétermination rend leur énumération impossible.

¹¹⁸ Pour les fins qui nous intéressent, il suffit de mentionner les conventions et résolutions suivantes. Les articles premiers du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, sont ainsi rédigés:

1. Tous les peuples ont le droit de disposer d’eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

¹¹⁹ De même, la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970 (*Déclaration touchant les relations amicales*), précise:

En vertu du principe de l’égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d’eux-mêmes, principe consacré dans la Charte des Nations Unies, tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement économique, social et culturel, et tout État a le devoir de respecter ce droit conformément aux dispositions de la Charte.

¹²⁰ En 1993, la Conférence mondiale sur les droits de l’homme a adopté le document intitulé *Déclaration et Programme d’action de Vienne*,

that reaffirmed Article 1 of the two above-mentioned covenants. The U.N. General Assembly's *Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, GA Res. 50/6, 9 November 1995, also emphasizes the right to self-determination by providing that the U.N.'s member states will:

1. . . .

Continue to reaffirm the right of self-determination of all peoples, taking into account the particular situation of peoples under colonial or other forms of alien domination or foreign occupation, and recognize the right of peoples to take legitimate action in accordance with the Charter of the United Nations to realize their inalienable right of self-determination. This shall not be construed as authorizing or encouraging any action that would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction of any kind. . . . [Emphasis added.]

¹²¹

The right to self-determination is also recognized in other international legal documents. For example, the *Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe*, 14 I.L.M. 1292 (1975) (*Helsinki Final Act*), states (in Part VIII):

The participating States will respect the equal rights of peoples and their right to self-determination, acting at all times in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of States.

By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples, all peoples always have the right, in full freedom, to determine, when and as they wish, their internal and external political status, without external interference, and to pursue as they wish their political, economic, social and cultural development. [Emphasis added.]

¹²²

As will be seen, international law expects that the right to self-determination will be exercised by

A/CONF.157/24, 25 juin 1993, qui a réaffirmé l'article premier des deux pactes susmentionnés. Dans sa *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies*, Rés. AG 50/6, 9 novembre 1995, l'Assemblée générale des Nations Unies souligne encore une fois le droit à l'autodétermination en indiquant que ses États membres doivent:

1. . . .

Continuer à réaffirmer le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, en tenant compte de la situation particulière des peuples soumis à la domination coloniale ou à d'autres formes de domination ou d'occupations étrangères, et reconnaître le droit des peuples à prendre des mesures légitimes conformément à la Charte des Nations Unies pour réaliser leur droit inaliénable à l'autodétermination. Cela ne devra pas être interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune. . . . [Nous soulignons.]

Le droit à l'autodétermination est également reconnu dans d'autres documents juridiques internationaux. Par exemple, l'*Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe* (1975) (*Acte final d'Helsinki*), énonce (à la partie VIII):

Les États participants respectent l'égalité de droits des peuples et leur droit à disposer d'eux-mêmes, en agissant à tout moment conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes pertinentes du droit international, y compris celles qui ont trait à l'intégrité territoriale des États.

En vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, tous les peuples ont toujours le droit, en toute liberté de déterminer, lorsqu'ils le désirent et comme ils le désirent, leur statut politique interne et externe, sans ingérence extérieure, et de poursuivre à leur gré leur développement politique, économique, social et culturel. [Nous soulignons.]

Comme nous le verrons, en droit international, le droit à l'autodétermination est censé être exercé

peoples within the framework of existing sovereign states and consistently with the maintenance of the territorial integrity of those states. Where this is not possible, in the exceptional circumstances discussed below, a right of secession may arise.

(i) Defining “Peoples”

International law grants the right to self-determination to “peoples”. Accordingly, access to the right requires the threshold step of characterizing as a people the group seeking self-determination. However, as the right to self-determination has developed by virtue of a combination of international agreements and conventions, coupled with state practice, with little formal elaboration of the definition of “peoples”, the result has been that the precise meaning of the term “people” remains somewhat uncertain.

It is clear that “a people” may include only a portion of the population of an existing state. The right to self-determination has developed largely as a human right, and is generally used in documents that simultaneously contain references to “nation” and “state”. The juxtaposition of these terms is indicative that the reference to “people” does not necessarily mean the entirety of a state’s population. To restrict the definition of the term to the population of existing states would render the granting of a right to self-determination largely duplicative, given the parallel emphasis within the majority of the source documents on the need to protect the territorial integrity of existing states, and would frustrate its remedial purpose.

While much of the Quebec population certainly shares many of the characteristics (such as a common language and culture) that would be considered in determining whether a specific group is a “people”, as do other groups within Quebec and/or Canada, it is not necessary to explore this legal characterization to resolve Question 2 appropriately. Similarly, it is not necessary for the Court to determine whether, should a Quebec people exist

par des peuples, à l’intérieur d’États souverains existants, et conformément au principe du maintien de l’intégrité territoriale de ces États. Lorsque cela n’est pas possible, un droit de sécession peut naître, dans les circonstances exceptionnelles examinées ci-après.

(i) La définition de «peuples»

C’est aux «peuples» que le droit international accorde le droit à l’autodétermination. En conséquence, pour disposer de ce droit, le groupe qui l’invoque doit remplir la condition préliminaire, c’est-à-dire être qualifié de peuple. Toutefois, comme le droit à l’autodétermination s’est développé par l’adoption d’un ensemble d’ententes et de conventions internationales, conjuguée à la pratique des États, et que peu de précisions formelles sont apportées à la définition de «peuples», il s’ensuit que le sens du mot «peuple» reste assez incertain.¹²³

Il est évident qu’un «peuple» peut s’entendre d’une partie seulement de la population d’un État existant. Le droit à l’autodétermination s’est développé dans une large mesure en tant que droit de la personne et l’expression est généralement utilisée dans des documents où paraissent à la fois les mots «nation» et «État». La juxtaposition de ces termes indique que le mot «peuple» ne vise pas nécessairement l’entièvre population d’un État. Le fait de restreindre la définition de ce mot à la population d’États existants, d’une part, rendrait largement superflue la reconnaissance du droit à l’autodétermination, compte tenu de l’insistance corrélative, dans la majorité des documents sources, sur la nécessité de protéger l’intégrité territoriale des États existants et, d’autre part, ferait obstacle à l’objectif réparateur de ce droit.¹²⁴

Même si la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits (par exemple une langue et une culture communes) pris en considération pour déterminer si un groupe donné est un «peuple», à l’instar d’autres groupes à l’intérieur du Québec et du Canada, il n’est pas nécessaire d’étudier cette qualification juridique pour répondre de façon appropriée à la question 2. De même, il n’est pas nécessaire pour la Cour de

within the definition of public international law, such a people encompasses the entirety of the provincial population or just a portion thereof. Nor is it necessary to examine the position of the aboriginal population within Quebec. As the following discussion of the scope of the right to self-determination will make clear, whatever be the correct application of the definition of people(s) in this context, their right of self-determination cannot in the present circumstances be said to ground a right to unilateral secession.

(ii) Scope of the Right to Self-determination

¹²⁶ The recognized sources of international law establish that the right to self-determination of a people is normally fulfilled through internal self-determination — a people's pursuit of its political, economic, social and cultural development within the framework of an existing state. A right to external self-determination (which in this case potentially takes the form of the assertion of a right to unilateral secession) arises in only the most extreme of cases and, even then, under carefully defined circumstances. External self-determination can be defined as in the following statement from the *Declaration on Friendly Relations* as

[t]he establishment of a sovereign and independent State, the free association or integration with an independent State or the emergence into any other political status freely determined by a people constitute modes of implementing the right of self-determination by that people. [Emphasis added.]

¹²⁷ The international law principle of self-determination has evolved within a framework of respect for the territorial integrity of existing states. The various international documents that support the existence of a people's right to self-determination also contain parallel statements supportive of the conclusion that the exercise of such a right must be sufficiently limited to prevent threats to an existing state's territorial integrity or the stability of relations between sovereign states.

¹²⁸ The *Declaration on Friendly Relations*, the *Vienna Declaration* and the *Declaration on the*

déterminer si, à supposer qu'il existe un peuple québécois au sens du droit international, ce peuple englobe la population entière de la province ou seulement une partie de celle-ci. Il n'est pas non plus nécessaire d'examiner la situation de la population autochtone au Québec. Comme le démontrera notre analyse de la portée du droit à l'autodétermination, quelle que soit la juste définition de peuple(s) à appliquer dans le présent contexte, le droit à l'autodétermination ne peut, dans les circonstances présentes, constituer le fondement d'un droit de sécession unilatérale.

(ii) La portée du droit à l'autodétermination

Les sources reconnues du droit international établissent que le droit d'un peuple à disposer de lui-même est normalement réalisé par voie d'autodétermination interne — à savoir la poursuite par ce peuple de son développement politique, économique, social et culturel dans le cadre d'un État existant. Le droit à l'autodétermination externe (qui, dans le présent cas, pourrait prendre la forme de la revendication d'un droit de sécession unilatérale) ne naît que dans des cas extrêmes dont les circonstances sont par ailleurs soigneusement définies. L'autodétermination externe peut être décrite par l'extrait suivant de la *Déclaration touchant les relations amicales*:

La création d'un État souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un État indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même. [Nous soulignons.]

Le principe de l'autodétermination en droit international a évolué dans le respect de l'intégrité territoriale des États existants. Les divers documents internationaux qui étayent l'existence du droit d'un peuple à l'autodétermination renferment également des déclarations au soutien du principe selon lequel l'exercice d'un tel droit doit être suffisamment limité pour prévenir les menaces contre l'intégrité territoriale d'un État existant ou la stabilité des relations entre États souverains.

La *Déclaration touchant les relations amicales*, la *Déclaration de Vienne* et la *Déclaration du cin-*

Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations are specific. They state, immediately after affirming a people's right to determine political, economic, social and cultural issues, that such rights are not to

be construed as authorizing or encouraging any action that would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a Government representing the whole people belonging to the territory without distinction . . . [Emphasis added.]

Similarly, while the concluding document of the Vienna Meeting in 1989 of the Conference on Security and Co-operation in Europe on the follow-up to the *Helsinki Final Act* again refers to peoples having the right to determine "their internal and external political status" (emphasis added), that statement is immediately followed by express recognition that the participating states will at all times act, as stated in the *Helsinki Final Act*, "in conformity with the purposes and principles of the Charter of the United Nations and with the relevant norms of international law, including those relating to territorial integrity of States" (emphasis added). Principle 5 of the concluding document states that the participating states (including Canada):

. . . confirm their commitment strictly and effectively to observe the principle of the territorial integrity of States. They will refrain from any violation of this principle and thus from any action aimed by direct or indirect means, in contravention of the purposes and principles of the Charter of the United Nations, other obligations under international law or the provisions of the [Helsinki] Final Act, at violating the territorial integrity, political independence or the unity of a State. No actions or situations in contravention of this principle will be recognized as legal by the participating States. [Emphasis added.]

Accordingly, the reference in the *Helsinki Final Act* to a people determining its external political status is interpreted to mean the expression of a people's external political status through the government of the existing state, save in the excep-

quantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies sont explicites. Immédiatement après avoir affirmé le droit d'un peuple à déterminer son statut politique et à poursuivre son développement économique, social et culturel, elles précisent que ce droit ne doit pas être

interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction . . . [Nous soulignons.]

De même, le document de clôture de la rencontre de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe tenue à Vienne en 1989, qui faisait suite à l'*Acte final d'Helsinki*, fait mention du droit des peuples de déterminer «leur statut politique interne et externe» (nous soulignons), mais cette déclaration est immédiatement suivie par la reconnaissance expresse que les États participants agiront à tout moment «conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies et aux normes pertinentes du droit international, y compris celles qui ont trait à l'intégrité territoriale», comme l'énonce l'*Acte final d'Helsinki* (nous soulignons). Il est déclaré, au principe 5 du document de clôture, que les États participants (y compris le Canada):

. . . confirment leur engagement à observer strictement et effectivement le principe de l'intégrité territoriale des États. Ils s'abstiendront de toute violation de ce principe et donc de toute action visant, par des moyens directs ou indirects contrevenant aux buts et principes de la Charte des Nations Unies, aux autres obligations découlant du droit international ou aux dispositions de l'Acte final, à violer l'intégrité territoriale, l'indépendance politique ou l'unité d'un État. Aucune action ou situation contrevenant à ce principe ne sera reconnue comme légale par les États participants. [Nous soulignons.]

Par conséquent, le passage de l'*Acte final d'Helsinki* qui porte sur la détermination par un peuple de son statut politique externe est interprété comme étant l'expression du statut politique externe de ce peuple par l'entremise du gouverne-

tional circumstances discussed below. As noted by Cassese, *supra*, at p. 287, given the history and textual structure of this document, its reference to external self-determination simply means that “no territorial or other change can be brought about by the central authorities of a State that is contrary to the will of the whole people of that State”.

ment de l’État existant, sauf dans les circonstances exceptionnelles examinées plus loin. Comme le souligne Cassese, *op. cit.*, à la p. 287, compte tenu de l’histoire de ce document et de sa structure, la mention de l’autodétermination externe signifie simplement que [TRADUCTION] «les autorités centrales d’un État ne peuvent apporter aucun changement territorial ou autre qui soit contraire à la volonté de l’ensemble de la population de cet État».

¹³⁰ While the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* and the *International Covenant on Civil and Political Rights* do not specifically refer to the protection of territorial integrity, they both define the ambit of the right to self-determination in terms that are normally attainable within the framework of an existing state. There is no necessary incompatibility between the maintenance of the territorial integrity of existing states, including Canada, and the right of a “people” to achieve a full measure of self-determination. A state whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination in its own internal arrangements, is entitled to the protection under international law of its territorial integrity.

(iii) Colonial and Oppressed Peoples

¹³¹ Accordingly, the general state of international law with respect to the right to self-determination is that the right operates within the overriding protection granted to the territorial integrity of “parent” states. However, as noted by Cassese, *supra*, at p. 334, there are certain defined contexts within which the right to the self-determination of peoples does allow that right to be exercised “externally”, which, in the context of this Reference, would potentially mean secession:

... the right to external self-determination, which entails the possibility of choosing (or restoring) independence, has only been bestowed upon two classes of peoples (those under colonial rule or foreign occupation), based upon the assumption that both classes make up entities that are inherently distinct from the colonialist Power and the occupant Power and that their ‘territorial

Même si le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ne font pas expressément état de la protection de l’intégrité territoriale, ils délimitent la portée du droit à l’autodétermination en fonction de conditions qui sont normalement réalisables dans le cadre d’un État existant. Il n’y a pas nécessairement incompatibilité entre le maintien de l’intégrité territoriale d’États existants, comme le Canada, et le droit d’un «peuple» de disposer complètement de lui-même. Un État dont le gouvernement représente, dans l’égalité et sans discrimination, l’ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire et qui respecte les principes de l’autodétermination dans ses arrangements internes a droit, en vertu du droit international, à la protection de son intégrité territoriale.

(iii) Peuples opprimés ou colonisés

Par conséquent, selon l’état général du droit international, le droit à l’autodétermination s’applique dans les limites de la protection prépondérante accordée à l’intégrité territoriale des États «parents». Cependant, comme le souligne Cassese, *op. cit.*, à la p. 334, dans certains contextes définis, le droit des peuples à l’autodétermination peut effectivement être exercé «de manière externe», ce qui, dans le contexte du présent renvoi, pourrait signifier la sécession:

[TRADUCTION] ... le droit à l’autodétermination externe, qui emporte la possibilité de choisir (ou de rétablir) l’indépendance, n’a été accordé qu’à deux catégories de peuples (ceux sous domination coloniale ou sous occupation étrangère), sur le fondement de l’hypothèse que, dans les deux cas, ces peuples constituent des entités intrinsèquement distinctes de la puissance coloniale ou

rial integrity', all but destroyed by the colonialist or occupying Power, should be fully restored. . . .

The right of colonial peoples to exercise their right to self-determination by breaking away from the "imperial" power is now undisputed, but is irrelevant to this Reference.

The other clear case where a right to external self-determination accrues is where a people is subject to alien subjugation, domination or exploitation outside a colonial context. This recognition finds its roots in the *Declaration on Friendly Relations*:

Every State has the duty to promote, through joint and separate action, realization of the principle of equal rights and self-determination of peoples, in accordance with the provisions of the Charter, and to render assistance to the United Nations in carrying out the responsibilities entrusted to it by the Charter regarding the implementation of the principle, in order:

(a) To promote friendly relations and co-operation among States; and

(b) To bring a speedy end to colonialism, having due regard to the freely expressed will of the peoples concerned;

and bearing in mind that subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a violation of the principle, as well as a denial of fundamental human rights, and is contrary to the Charter.

A number of commentators have further asserted that the right to self-determination may ground a right to unilateral secession in a third circumstance. Although this third circumstance has been described in several ways, the underlying proposition is that, when a people is blocked from the meaningful exercise of its right to self-determination internally, it is entitled, as a last resort, to exercise it by secession. The *Vienna Declaration* requirement that governments represent "the whole people belonging to the territory without distinction of any kind" adds credence to the assertion

occupante, et que l'«intégrité territoriale» de ces peuples, qui à toutes fins pratiques a été détruite par la puissance coloniale ou occupante, doit être pleinement rétablie. . . .

Le droit des peuples colonisés d'exercer leur droit à l'autodétermination en se détachant de la puissance «impériale» est maintenant incontesté, mais il n'est pas pertinent dans le présent renvoi.

L'autre cas manifeste d'application du droit à l'autodétermination externe est celui où un peuple est soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères en dehors du contexte colonial. Cette reconnaissance tire son origine de la *Déclaration touchant les relations amicales*:

Tout État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, la réalisation du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, conformément aux dispositions de la Charte, et d'aider l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter des responsabilités que lui a conférées la Charte en ce qui concerne l'application de ce principe, afin de:

a) Favoriser les relations amicales et la coopération entre les États; et

b) Mettre rapidement fin au colonialisme en tenant dûment compte de la volonté librement exprimée des peuples intéressés;

et en ayant présent à l'esprit que soumettre des peuples à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères constitue une violation de ce principe, ainsi qu'un déni des droits fondamentaux de l'homme, et est contraire à la Charte.

Plusieurs commentateurs ont en outre affirmé que le droit à l'autodétermination peut, dans un troisième cas, fonder un droit de sécession unilatérale. Bien que ce troisième cas ait été décrit de plusieurs façons, il repose sur l'idée que, lorsqu'un peuple est empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'interne, il a alors droit, en dernier recours, de l'exercer par la sécession. Le fait que la *Déclaration de Vienne* exige que les gouvernements représentent «l'ensemble de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune» ajoute foi à l'affirmation selon

132

133

134

that such a complete blockage may potentially give rise to a right of secession.

¹³⁵ Clearly, such a circumstance parallels the other two recognized situations in that the ability of a people to exercise its right to self-determination internally is somehow being totally frustrated. While it remains unclear whether this third proposition actually reflects an established international law standard, it is unnecessary for present purposes to make that determination. Even assuming that the third circumstance is sufficient to create a right to unilateral secession under international law, the current Quebec context cannot be said to approach such a threshold. As stated by the *amicus curiae*, Addendum to the factum of the *amicus curiae*, at paras. 15-16:

[TRANSLATION] 15. The Quebec people is not the victim of attacks on its physical existence or integrity, or of a massive violation of its fundamental rights. The Quebec people is manifestly not, in the opinion of the *amicus curiae*, an oppressed people.

16. For close to 40 of the last 50 years, the Prime Minister of Canada has been a Quebecer. During this period, Quebecers have held from time to time all the most important positions in the federal Cabinet. During the 8 years prior to June 1997, the Prime Minister and the Leader of the Official Opposition in the House of Commons were both Quebecers. At present, the Prime Minister of Canada, the Right Honourable Chief Justice and two other members of the Court, the Chief of Staff of the Canadian Armed Forces and the Canadian ambassador to the United States, not to mention the Deputy Secretary-General of the United Nations, are all Quebecers. The international achievements of Quebecers in most fields of human endeavour are too numerous to list. Since the dynamism of the Quebec people has been directed toward the business sector, it has been clearly successful in Quebec, the rest of Canada and abroad.

¹³⁶ The population of Quebec cannot plausibly be said to be denied access to government. Quebecers occupy prominent positions within the government of Canada. Residents of the province freely make political choices and pursue economic, social and cultural development within Quebec, across Canada, and throughout the world. The population

laquelle une obstruction aussi complète pourrait donner naissance au droit à la sécession.

De toute évidence, une telle situation s'apparente aux deux autres situations reconnues en ce que la faculté du peuple concerné d'exercer à l'intérieur son droit à l'autodétermination est totalement contrecarrée. Bien qu'on ne sache pas encore avec certitude si cette troisième thèse reflète réellement une norme juridique internationale établie, il est inutile pour les fins du présent renvoi d'en décider. Même en supposant que cette troisième situation puisse créer un droit de sécession unilatérale en vertu du droit international, on ne peut affirmer que le contexte québécois actuel s'en rapproche. Comme le dit l'*amicus curiae*, dans l'Addendum à son mémoire, aux par. 15 et 16:

15. Le peuple québécois n'est pas la victime d'atteintes à son existence ou à son intégrité physiques, ni de violation massive de ses droits fondamentaux. Le peuple québécois n'est manifestement pas, selon l'*amicus curiae*, un peuple opprimé.

16. En effet, pendant près de 40 des 50 dernières années, le premier ministre du Canada a été un Québécois. Pendant cette période, des Québécois ont occupé de temps à autre tous les postes les plus importants du Cabinet fédéral. Pendant les 8 années qui ont précédé juin 1997, le premier ministre et le chef de l'Opposition officielle à la Chambre des Communes étaient tous deux des Québécois. Actuellement, le premier ministre du Canada, le très honorable juge en chef ainsi que deux autres membres de la Cour, le chef d'état-major des forces armées canadiennes et l'ambassadeur du Canada aux États-Unis, sans compter la vice-secrétaire générale des Nations Unies, sont tous des Québécois. Les réussites internationales des Québécois dans la plupart des champs d'activité humaine sont trop nombreuses pour être énumérées. Depuis que le dynamisme du peuple québécois s'est tourné vers le secteur des affaires, il connaît des succès certains au Québec, dans le reste du Canada et à l'étranger.

On ne peut raisonnablement prétendre que la population du Québec se voit refuser l'accès au gouvernement. Des Québécois occupent des postes très importants au sein du gouvernement du Canada. Les résidents de cette province sont libres de leurs choix politiques et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel

of Quebec is equitably represented in legislative, executive and judicial institutions. In short, to reflect the phraseology of the international documents that address the right to self-determination of peoples, Canada is a “sovereign and independent state conducting itself in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction”.

The continuing failure to reach agreement on amendments to the Constitution, while a matter of concern, does not amount to a denial of self-determination. In the absence of amendments to the Canadian Constitution, we must look at the constitutional arrangements presently in effect, and we cannot conclude under current circumstances that those arrangements place Quebecers in a disadvantaged position within the scope of the international law rule.

In summary, the international law right to self-determination only generates, at best, a right to external self-determination in situations of former colonies; where a people is oppressed, as for example under foreign military occupation; or where a definable group is denied meaningful access to government to pursue their political, economic, social and cultural development. In all three situations, the people in question are entitled to a right to external self-determination because they have been denied the ability to exert internally their right to self-determination. Such exceptional circumstances are manifestly inapplicable to Quebec under existing conditions. Accordingly, neither the population of the province of Quebec, even if characterized in terms of “people” or “peoples”, nor its representative institutions, the National Assembly, the legislature or government of Quebec, possess a right, under international law, to secede unilaterally from Canada.

We would not wish to leave this aspect of our answer to Question 2 without acknowledging the

à l'intérieur du Québec, dans l'ensemble du Canada et dans le monde entier. La population du Québec est équitablement représentée dans les instances législatives, exécutives et judiciaires. Bref, pour reprendre les termes des instruments internationaux qui traitent du droit des peuples à l'autodétermination, le Canada est un «État souverain et indépendant respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et doté ainsi d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune».

Les échecs persistants dans la recherche d'un accord sur la modification de la Constitution, dont il y a lieu de se préoccuper, n'équivalent pas à une négation du droit à l'autodétermination. En l'absence de modifications constitutionnelles, nous devons nous fonder sur les arrangements constitutionnels présentement en vigueur et nous ne pouvons conclure, dans les circonstances actuelles, que ces arrangements placent les Québécois dans la situation désavantageuse visée par la règle du droit international.¹³⁷

En résumé, le droit à l'autodétermination en droit international donne tout au plus ouverture au droit à l'autodétermination externe dans le cas des anciennes colonies; dans le cas des peuples opprimés, comme les peuples soumis à une occupation militaire étrangère; ou encore dans le cas où un groupe défini se voit refuser un accès réel au gouvernement pour assurer son développement politique, économique, social et culturel. Dans ces trois situations, le peuple en cause jouit du droit à l'autodétermination externe parce qu'on lui refuse la faculté d'exercer, à l'interne, son droit à l'autodétermination. Ces circonstances exceptionnelles ne s'appliquent manifestement pas au cas du Québec dans les conditions actuelles. Par conséquent, ni la population du Québec, même si elle était qualifiée de «peuple» ou de «peuples», ni ses institutions représentatives, l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec ne possèdent, en vertu du droit international, le droit de faire sécession unilatéralement du Canada.¹³⁸

Nous ne voulons pas clore cet aspect de notre réponse à la question 2 sans reconnaître l'impor-

importance of the submissions made to us respecting the rights and concerns of aboriginal peoples in the event of a unilateral secession, as well as the appropriate means of defining the boundaries of a seceding Quebec with particular regard to the northern lands occupied largely by aboriginal peoples. However, the concern of aboriginal peoples is precipitated by the asserted right of Quebec to unilateral secession. In light of our finding that there is no such right applicable to the population of Quebec, either under the Constitution of Canada or at international law, but that on the contrary a clear democratic expression of support for secession would lead under the Constitution to negotiations in which aboriginal interests would be taken into account, it becomes unnecessary to explore further the concerns of the aboriginal peoples in this Reference.

(2) Recognition of a Factual/Political Reality: the “Effectivity” Principle

140

As stated, an argument advanced by the *amicus curiae* on this branch of the Reference was that, while international law may not ground a positive right to unilateral secession in the context of Quebec, international law equally does not prohibit secession and, in fact, international recognition would be conferred on such a political reality if it emerged, for example, via effective control of the territory of what is now the province of Quebec.

141

It is true that international law may well, depending on the circumstances, adapt to recognize a political and/or factual reality, regardless of the legality of the steps leading to its creation. However, as mentioned at the outset, effectivity, as such, does not have any real applicability to Question 2, which asks whether a right to unilateral secession exists.

142

No one doubts that legal consequences may flow from political facts, and that “sovereignty is a political fact for which no purely legal authority can be constituted . . .”, H. W. R. Wade, “The Basis of Legal Sovereignty”, [1955] *Camb. L.J.* 172, at p. 196. Secession of a province from

tance des arguments qui nous ont été présentés relativement aux droits et inquiétudes des peuples autochtones et aux moyens appropriés de délimiter les frontières du Québec, en cas de sécession, particulièrement en ce qui concerne les territoires nordiques occupés principalement par des peuples autochtones. Toutefois, les inquiétudes des peuples autochtones découlent du droit invoqué par le Québec de faire sécession unilatéralement. À la lumière de notre conclusion qu’aucun droit de ce genre ne s’applique à la population du Québec, ni en vertu du droit international ni en vertu de la Constitution du Canada, et que, au contraire, l’expression claire d’une volonté démocratique en faveur de la sécession entraînerait, en vertu de la Constitution, des négociations au cours desquelles les intérêts des autochtones seraient pris en compte, il devient inutile d’examiner davantage les préoccupations des peuples autochtones dans le présent renvoi.

(2) Reconnaissance de la réalité factuelle ou politique: le principe de l’«effectivité»

L’un des arguments avancés par l’*amicus curiae* sur cet aspect du renvoi est que, même si le droit international ne fonde pas un droit de sécession unilatérale dans le cas du Québec, le droit international n’interdit pas non plus la sécession et, dans les faits, une telle réalité politique serait reconnue internationalement si elle se manifestait, par exemple, par le contrôle effectif du territoire qui constitue maintenant la province de Québec.

Il est vrai que le droit international peut fort bien, selon les circonstances, s’adapter pour reconnaître une réalité factuelle ou politique, indépendamment de la légalité des démarches qui y ont donné naissance. Cependant, comme nous l’avons dit, l’effectivité, en tant que telle, ne relève pas réellement de la question 2, qui nous demande s’il existe un droit de sécession unilatérale.

Des conséquences juridiques peuvent certainement découler de faits politiques, et [TRADUCTION] «la souveraineté est un fait politique pour lequel il est impossible d’établir un fondement purement juridique . . .», H. W. R. Wade, «The Basis of Legal Sovereignty», [1955] *Camb. L.J.* 172, à la

Canada, if successful in the streets, might well lead to the creation of a new state. Although recognition by other states is not, at least as a matter of theory, necessary to achieve statehood, the viability of a would-be state in the international community depends, as a practical matter, upon recognition by other states. That process of recognition is guided by legal norms. However, international recognition is not alone constitutive of statehood and, critically, does not relate back to the date of secession to serve retroactively as a source of a “legal” right to secede in the first place. Recognition occurs only after a territorial unit has been successful, as a political fact, in achieving secession.

As indicated in responding to Question 1, one of the legal norms which may be recognized by states in granting or withholding recognition of emergent states is the legitimacy of the process by which the *de facto* secession is, or was, being pursued. The process of recognition, once considered to be an exercise of pure sovereign discretion, has come to be associated with legal norms. See, e.g., European Community Declaration on the *Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union*, 31 I.L.M. 1486 (1992), at p. 1487. While national interest and perceived political advantage to the recognizing state obviously play an important role, foreign states may also take into account their view as to the existence of a right to self-determination on the part of the population of the putative state, and a counterpart domestic evaluation, namely, an examination of the legality of the secession according to the law of the state from which the territorial unit purports to have seceded. As we indicated in our answer to Question 1, an emergent state that has disregarded legitimate obligations arising out of its previous situation can potentially expect to be hindered by that disregard in achieving international recognition, at least with respect to the timing of that recognition. On the other hand, compliance by the seceding province with such legitimate obligations would weigh in favour of international recognition. The notion that what is not explicitly prohibi-

p. 196. La sécession d'une province du Canada, si elle réussissait sur le terrain, pourrait bien entraîner la création d'un nouvel État. Même si la reconnaissance par d'autres États n'est pas nécessaire, du moins en théorie, pour accéder au statut d'État, la viabilité d'une entité aspirant à ce statut au sein de la communauté internationale dépend, sur le plan pratique, de sa reconnaissance par d'autres États. Ce processus de reconnaissance est guidé par des normes juridiques. Toutefois, la reconnaissance internationale ne confère pas à elle seule le statut d'État et il faut souligner qu'elle ne remonte pas à la date de la sécession pour servir rétroactivement de source d'un droit «juridique» initial de faire sécession. La reconnaissance ne survient qu'après qu'une entité territoriale a réussi, en tant que fait politique, à réaliser la sécession.

Comme l'indique la réponse à la question 1, l'une des normes juridiques que les États peuvent invoquer pour décider de reconnaître ou non de nouveaux États est la légitimité du processus par lequel ceux-ci ont fait *de facto* sécession ou cherchent à le faire. Le processus de reconnaissance, auparavant considéré comme l'exercice d'un pouvoir souverain absolu, est maintenant assorti de normes juridiques. Voir, par exemple, la déclaration de la Communauté européenne sur les *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*, Bull. CE 12-1991, à la p. 127. Même si l'intérêt national de l'État qui accorde la reconnaissance et l'avantage politique qu'il y voit jouent manifestement un rôle important, les États étrangers peuvent également prendre en considération leur opinion quant à l'existence du droit à l'autodétermination de la population de l'État putatif, ainsi qu'une évaluation correspondante de la légalité de la sécession suivant le droit de l'État dont l'entité territoriale prétend avoir fait sécession. Comme nous l'avons indiqué dans notre réponse à la question 1, un nouvel État qui passe outre à ses obligations légitimes découlant de sa situation antérieure peut s'attendre à ce que le mépris de ces obligations lui nuise dans l'obtention de la reconnaissance internationale, à tout le moins quant au moment de la reconnaissance. Par contre, le respect par la province sécessionniste de ces obligations légitimes

ited is implicitly permitted has little relevance where (as here) international law refers the legality of secession to the domestic law of the seceding state and the law of that state holds unilateral secession to be unconstitutional.

jouerait en faveur de sa reconnaissance internationale. L'idée selon laquelle ce qui n'est pas explicitement interdit est implicitement permis a peu de pertinence dans les cas (comme celui qui nous occupe) où le droit international renvoie au droit interne de l'État sécessioniste pour la détermination de la légalité de la sécession, et où le droit de cet État considère inconstitutionnelle la sécession unilatérale.

¹⁴⁴ As a court of law, we are ultimately concerned only with legal claims. If the principle of "effectivity" is no more than that "successful revolution begets its own legality" (S. A. de Smith, "Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations" (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93, at p. 96), it necessarily means that legality follows and does not precede the successful revolution. *Ex hypothesi*, the successful revolution took place outside the constitutional framework of the predecessor state, otherwise it would not be characterized as "a revolution". It may be that a unilateral secession by Quebec would eventually be accorded legal status by Canada and other states, and thus give rise to legal consequences; but this does not support the more radical contention that subsequent recognition of a state of affairs brought about by a unilateral declaration of independence could be taken to mean that secession was achieved under colour of a legal right.

En tant que cour de justice, nous ne connaissons ultimement que des demandes fondées sur le droit. Si le principe de l'«effectivité» repose sur la seule affirmation selon laquelle une [TRADUCTION] «révolution réussie engendre sa propre légalité» (S. A. de Smith, «Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations» (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 93, à la p. 96), cela signifie nécessairement que la légalité ne précède pas mais qu'elle suit une révolution réussie. Par hypothèse, la révolution réussie s'est produite en dehors du cadre constitutionnel de l'État précédent, car autrement elle ne pourrait être qualifiée de «révolution». Il se peut qu'un acte de sécession unilatérale par le Québec se voie éventuellement accorder un statut juridique par le Canada et par d'autres États, et qu'il entraîne, de ce fait, des conséquences juridiques. Toutefois, cela n'étaye pas la prétention plus radicale voulant que la reconnaissance d'un état de fait créé par une déclaration unilatérale d'indépendance signifierait que la sécession a été réalisée sous le couvert d'un droit juridique.

¹⁴⁵ An argument was made to analogize the principle of effectivity with the second aspect of the rule of law identified by this Court in the *Manitoba Language Rights Reference*, *supra*, at p. 753, namely, avoidance of a legal vacuum. In that Reference, it will be recalled, this Court declined to strike down all of Manitoba's legislation for its failure to comply with constitutional dictates, out of concern that this would leave the province in a state of chaos. In so doing, we recognized that the rule of law is a constitutional principle which permits the courts to address the practical consequences of their actions, particularly in constitutional cases. The similarity between that principle and the principle of effectivity, it was argued, is

On a invoqué une analogie entre le principe de l'effectivité et le second aspect de la primauté du droit dégagé par notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 753, c'est-à-dire la nécessité d'éviter un vide juridique. On se rappellera que notre Cour a refusé dans ce renvoi d'invalider l'ensemble des lois du Manitoba pour non-respect des exigences de la Constitution, de crainte qu'une telle déclaration ne plonge cette province dans le chaos. Nous avons ainsi reconnu que la primauté du droit est un principe constitutionnel qui permet aux tribunaux de tenir compte des conséquences pratiques de leurs jugements, particulièrement dans les affaires constitutionnelles. La similitude entre ce principe et le

that both attempt to refashion the law to meet social reality. However, nothing of our concern in the *Manitoba Language Rights Reference* about the severe practical consequences of unconstitutional-
ity affected our conclusion that, as a matter of law, all Manitoba legislation at issue in that case was unconstitutional. The Court's declaration of unconstitutionality was clear and unambiguous. The Court's concern with maintenance of the rule of law was directed in its relevant aspect to the appropriate remedy, which in that case was to suspend the declaration of invalidity to permit appropriate rectification to take place.

principe de l'effectivité réside, plaide-t-on, dans leur objectif commun de refaçonner le droit pour tenir compte de la réalité sociale. Cependant, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques du Manitoba*, nos préoccupations quant aux graves conséquences pratiques de la déclaration d'inconstitUTIONNALITÉ n'ont pas influencé notre conclusion qu'en droit toutes les lois du Manitoba en litige dans cette affaire étaient inconstitutionnelles. La déclaration d'inconstitUTIONNALITÉ prononcée par la Cour était claire et non ambiguë. Le souci de la Cour de maintenir la primauté du droit visait à faconner la réparation convenable qui, dans cette affaire, était la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité afin de permettre que soient apportées les rectifications appropriées.

The principle of effectivity operates very differently. It proclaims that an illegal act may eventually acquire legal status if, as a matter of empirical fact, it is recognized on the international plane. Our law has long recognized that through a combination of acquiescence and prescription, an illegal act may at some later point be accorded some form of legal status. In the law of property, for example, it is well known that a squatter on land may ultimately become the owner if the true owner sleeps on his or her right to repossess the land. In this way, a change in the factual circumstances may subsequently be reflected in a change in legal status. It is, however, quite another matter to suggest that a subsequent condonation of an initially illegal act retroactively creates a legal right to engage in the act in the first place. The broader contention is not supported by the international principle of effectivity or otherwise and must be rejected.

Le principe de l'effectivité fonctionne très différemment. Il proclame qu'un acte illégal peut en fin de compte devenir légal si, en tant que fait empirique, il est reconnu à l'échelle internationale. Notre droit reconnaît depuis longtemps que, sous l'effet conjugué de l'acquiescement et de la prescription, un acte illégal peut ultérieurement se voir accorder un certain effet juridique. En droit des biens, par exemple, un squatter peut devenir finalement propriétaire du bien-fonds qu'il occupe si le propriétaire véritable n'exerce pas à temps son droit d'en reprendre possession. Ainsi, un changement dans les faits peut se traduire ultérieurement par un changement de statut juridique. Toutefois, c'est tout autre chose de prétendre que l'approbation subséquente d'un acte illégal à l'origine a pour effet de créer rétroactivement le droit juridique de l'accomplir. Cette prétention plus générale n'est pas étayée par le principe de l'effectivité en droit international ni de quelque autre façon, et elle doit être rejetée.¹⁴⁶

C. Question 3

In the event of a conflict between domestic and international law on the right of the National Assembly, legislature or government of Quebec to effect the secession of Quebec from Canada

C. Question 3

Lequel du droit interne ou du droit international aurait préséance au Canada dans l'éventualité d'un conflit entre eux quant au droit de l'Assemblée nationale, de la législature ou du gouverne-

unilaterally, which would take precedence in Canada?

¹⁴⁷ In view of our answers to Questions 1 and 2, there is no conflict between domestic and international law to be addressed in the context of this Reference.

IV. Summary of Conclusions

¹⁴⁸ As stated at the outset, this Reference has required us to consider momentous questions that go to the heart of our system of constitutional government. We have emphasized that the Constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitutional enactment, without more, may be misleading. It is necessary to make a more profound investigation of the underlying principles that animate the whole of our Constitution, including the principles of federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. Those principles must inform our overall appreciation of the constitutional rights and obligations that would come into play in the event a clear majority of Quebecers votes on a clear question in favour of secession.

¹⁴⁹ The Reference requires us to consider whether Quebec has a right to unilateral secession. Those who support the existence of such a right found their case primarily on the principle of democracy. Democracy, however, means more than simple majority rule. As reflected in our constitutional jurisprudence, democracy exists in the larger context of other constitutional values such as those already mentioned. In the 131 years since Confederation, the people of the provinces and territories have created close ties of interdependence (economically, socially, politically and culturally) based on shared values that include federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities. A democratic decision of Quebecers in favour of secession would put those relationships at risk. The Constitution vouchsafes order and stability, and accordingly secession

ment du Québec de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

À la lumière des réponses que nous avons données aux questions 1 et 2, il n'existe, entre le droit interne et le droit international, aucun conflit à examiner dans le présent renvoi.

IV. Sommaire des conclusions

Comme nous l'avons indiqué au début, nous étions appelés, dans le présent renvoi, à examiner des questions d'une extrême importance, qui touchent au cœur même de notre système de gouvernement constitutionnel. Nous avons souligné que la Constitution n'est pas uniquement un texte écrit. Elle englobe tout le système des règles et principes qui régissent l'exercice du pouvoir constitutionnel. Une lecture superficielle de certaines dispositions spécifiques du texte de la Constitution, sans plus, pourrait induire en erreur. Il faut faire un examen plus approfondi des principes sous-jacents qui animent l'ensemble de notre Constitution, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des minorités. Ces principes doivent guider notre appréciation globale des droits et obligations constitutionnels qui entreraient en jeu si une majorité claire de Québécois, en réponse à une question claire, votaient pour la sécession.

Le renvoi nous demande de déterminer si le Québec a le droit de faire sécession unilatéralement. Ceux qui soutiennent l'existence d'un tel droit fondent leur prétention d'abord et avant tout sur le principe de la démocratie. La démocratie, toutefois, signifie davantage que la simple règle de la majorité. Comme en témoigne notre jurisprudence constitutionnelle, la démocratie existe dans le contexte plus large d'autres valeurs constitutionnelles telles celles déjà mentionnées. Pendant les 131 années de la Confédération, les habitants des provinces et territoires ont noué d'étroits liens d'interdépendance (économique, sociale, politique et culturelle) basés sur des valeurs communes qui comprennent le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Une décision démocratique des Québécois en faveur de la sécession

of a province “under the Constitution” could not be achieved unilaterally, that is, without principled negotiation with other participants in Confederation within the existing constitutional framework.

The Constitution is not a straitjacket. Even a brief review of our constitutional history demonstrates periods of momentous and dramatic change. Our democratic institutions necessarily accommodate a continuous process of discussion and evolution, which is reflected in the constitutional right of each participant in the federation to initiate constitutional change. This right implies a reciprocal duty on the other participants to engage in discussions to address any legitimate initiative to change the constitutional order. While it is true that some attempts at constitutional amendment in recent years have faltered, a clear majority vote in Quebec on a clear question in favour of secession would confer democratic legitimacy on the secession initiative which all of the other participants in Confederation would have to recognize.

Quebec could not, despite a clear referendum result, purport to invoke a right of self-determination to dictate the terms of a proposed secession to the other parties to the federation. The democratic vote, by however strong a majority, would have no legal effect on its own and could not push aside the principles of federalism and the rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole. Democratic rights under the Constitution cannot be divorced from constitutional obligations. Nor, however, can the reverse proposition be accepted. The continued existence and operation of the Canadian constitutional order could not be indifferent to a clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The other provinces and the federal government would have no basis to deny the right of the government of Quebec to pur-

compromettre ces liens. La Constitution assure l’ordre et la stabilité et, en conséquence, la sécession d’une province ne peut être réalisée unilatéralement «en vertu de la Constitution», c’est-à-dire sans négociations fondées sur des principes, avec les autres participants à la Confédération, dans le cadre constitutionnel existant.

La Constitution n'est pas un carcan. Un rappel, même bref, de notre histoire constitutionnelle révèle des périodes de changements marquants et extrêmement profonds. Nos institutions démocratiques permettent nécessairement un processus continu de discussion et d'évolution, comme en témoigne le droit reconnu par la Constitution à chacun des participants à la fédération de prendre l'initiative de modifications constitutionnelles. Ce droit emporte l'obligation réciproque des autres participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel. Même s'il est vrai que certaines tentatives de modification de la Constitution ont échoué au cours des dernières années, un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître.¹⁵⁰

Le Québec ne pourrait, malgré un résultat référendaire clair, invoquer un droit à l'autodétermination pour dicter aux autres parties à la fédération les conditions d'un projet de sécession. Le vote démocratique, quelle que soit l'ampleur de la majorité, n'aurait en soi aucun effet juridique et ne pourrait écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada. Les droits démocratiques fondés sur la Constitution ne peuvent être dissociés des obligations constitutionnelles. La proposition inverse n'est pas acceptable non plus. L'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada. Les autres provinces et le gouvernement fédéral n'auraient

sue secession, should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others. The negotiations that followed such a vote would address the potential act of secession as well as its possible terms should in fact secession proceed. There would be no conclusions predetermined by law on any issue. Negotiations would need to address the interests of the other provinces, the federal government, Quebec and indeed the rights of all Canadians both within and outside Quebec, and specifically the rights of minorities. No one suggests that it would be an easy set of negotiations.

aucune raison valable de nier au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecterait les droits des autres. Les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions éventuelles si elle devait effectivement être réalisée. Il n'y aurait aucune conclusion prédéterminée en droit sur quelque aspect que ce soit. Les négociations devraient traiter des intérêts des autres provinces, du gouvernement fédéral, du Québec et, en fait, des droits de tous les Canadiens à l'intérieur et à l'extérieur du Québec, et plus particulièrement des droits des minorités. Il va sans dire que de telles négociations ne seraient pas aisées.

¹⁵² The negotiation process would require the reconciliation of various rights and obligations by negotiation between two legitimate majorities, namely, the majority of the population of Quebec, and that of Canada as a whole. A political majority at either level that does not act in accordance with the underlying constitutional principles we have mentioned puts at risk the legitimacy of its exercise of its rights, and the ultimate acceptance of the result by the international community.

Le processus de négociation exigerait la conciliation de divers droits et obligations par voie de négociation entre deux majorités légitimes, soit la majorité de la population du Québec et celle de l'ensemble du Canada. Une majorité politique, à l'un ou l'autre niveau, qui n'agirait pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons mentionnés mettrait en péril la légitimité de l'exercice de ses droits et ultimement l'acceptation du résultat par la communauté internationale.

¹⁵³ The task of the Court has been to clarify the legal framework within which political decisions are to be taken "under the Constitution", not to usurp the prerogatives of the political forces that operate within that framework. The obligations we have identified are binding obligations under the Constitution of Canada. However, it will be for the political actors to determine what constitutes "a clear majority on a clear question" in the circumstances under which a future referendum vote may be taken. Equally, in the event of demonstrated majority support for Quebec secession, the content and process of the negotiations will be for the political actors to settle. The reconciliation of the various legitimate constitutional interests is necessarily committed to the political rather than the judicial realm precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of

La tâche de la Cour était de clarifier le cadre juridique dans lequel des décisions politiques doivent être prises «en vertu de la Constitution», et non d'usurper les prérogatives des forces politiques qui agissent à l'intérieur de ce cadre. Les obligations que nous avons dégagées sont des obligations impératives en vertu de la Constitution du Canada. Toutefois, il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste «une majorité claire en réponse à une question claire», suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu. De même, si un appui majoritaire était exprimé en faveur de la sécession du Québec, il incomberait aux acteurs politiques de déterminer le contenu des négociations et le processus à suivre. La conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes relève nécessairement du domaine politique plutôt que du

political negotiations. To the extent issues addressed in the course of negotiation are political, the courts, appreciating their proper role in the constitutional scheme, would have no supervisory role.

We have also considered whether a positive legal entitlement to secession exists under international law in the factual circumstances contemplated by Question 1, i.e., a clear democratic expression of support on a clear question for Quebec secession. Some of those who supported an affirmative answer to this question did so on the basis of the recognized right to self-determination that belongs to all “peoples”. Although much of the Quebec population certainly shares many of the characteristics of a people, it is not necessary to decide the “people” issue because, whatever may be the correct determination of this issue in the context of Quebec, a right to secession only arises under the principle of self-determination of peoples at international law where “a people” is governed as part of a colonial empire; where “a people” is subject to alien subjugation, domination or exploitation; and possibly where “a people” is denied any meaningful exercise of its right to self-determination within the state of which it forms a part. In other circumstances, peoples are expected to achieve self-determination within the framework of their existing state. A state whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination in its internal arrangements, is entitled to maintain its territorial integrity under international law and to have that territorial integrity recognized by other states. Quebec does not meet the threshold of a colonial people or an oppressed people, nor can it be suggested that Quebecers have been denied meaningful access to government to pursue their political, economic, cultural and social development. In the circumstances, the National Assembly, the legislature or the government of Quebec do not enjoy a right at

domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le jeu des concessions réciproques qui caractérise les négociations politiques. Dans la mesure où les questions abordées au cours des négociations seraient politiques, les tribunaux, conscients du rôle qui leur revient dans le régime constitutionnel, n'auraient aucun rôle de surveillance à jouer.

Nous nous sommes également demandés s'il existe, en vertu du droit international, un droit de sécession dans les circonstances envisagées par la question 1, c'est-à-dire une expression démocratique claire en faveur de la sécession du Québec, en réponse à une question claire. Certains de ceux qui apportent une réponse affirmative se fondent sur le droit reconnu à l'autodétermination qui appartient à tous les «peuples». Même s'il est certain que la majeure partie de la population du Québec partage bon nombre des traits qui caractérisent un peuple, il n'est pas nécessaire de trancher la question de l'existence d'un «peuple», quelle que soit la réponse exacte à cette question dans le contexte du Québec, puisqu'un droit de sécession ne prend naissance en vertu du principe de l'autodétermination des peuples en droit international que dans le cas d'un peuple gouverné en tant que partie d'un empire colonial, dans le cas d'un peuple soumis à la subjugation, à la domination ou à l'exploitation étrangères, et aussi, peut-être, dans le cas d'un peuple empêché d'exercer utilement son droit à l'autodétermination à l'intérieur de l'État dont il fait partie. Dans les autres circonstances, les peuples sont censés réaliser leur autodétermination dans le cadre de l'État existant auquel ils appartiennent. Un État dont le gouvernement représente l'ensemble du peuple ou des peuples résidant sur son territoire, dans l'égalité et sans discrimination, et qui respecte les principes de l'autodétermination dans ses arrangements internes, a droit au maintien de son intégrité territoriale en vertu du droit international et à la reconnaissance de cette intégrité territoriale par les autres États. Le Québec ne constitue pas un peuple colonisé ou opprimé, et on ne peut pas prétendre non plus que les Québécois se voient refuser un accès réel au gouvernement pour assurer leur déve-

154

international law to effect the secession of Quebec from Canada unilaterally.

155 Although there is no right, under the Constitution or at international law, to unilateral secession, that is secession without negotiation on the basis just discussed, this does not rule out the possibility of an unconstitutional declaration of secession leading to a *de facto* secession. The ultimate success of such a secession would be dependent on recognition by the international community, which is likely to consider the legality and legitimacy of secession having regard to, amongst other facts, the conduct of Quebec and Canada, in determining whether to grant or withhold recognition. Such recognition, even if granted, would not, however, provide any retroactive justification for the act of secession, either under the Constitution of Canada or at international law.

156 The reference questions are answered accordingly.

Judgment accordingly.

Solicitor for the Attorney General of Canada:
George Thomson, Ottawa.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Joli-Cœur Lacasse Lemieux Simard St-Pierre, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Solicitor for the intervener the Minister of Justice of the Northwest Territories: Bernard W. Funston, Gloucester.

loppelement politique, économique, culturel et social. Dans ces circonstances, l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec ne possèdent pas, en vertu du droit international, le droit de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada.

Même s'il n'existe pas de droit de sécession unilatérale en vertu de la Constitution ou du droit international, c'est-à-dire un droit de faire sécession sans négociation sur les fondements qui viennent d'être examinés, cela n'écarte pas la possibilité d'une déclaration inconstitutionnelle de sécession conduisant à une sécession *de facto*. Le succès ultime d'une telle sécession dépendrait de sa reconnaissance par la communauté internationale qui, pour décider d'accorder ou non cette reconnaissance, prendrait vraisemblablement en considération la légalité et la légitimité de la sécession eu égard, notamment, à la conduite du Québec et du Canada. Même si elle était accordée, une telle reconnaissance ne fournirait toutefois aucune justification rétroactive à l'acte de sécession, en vertu de la Constitution ou du droit international.

Les questions du renvoi reçoivent des réponses en conséquence.

Jugement en conséquence.

Procureur du procureur général du Canada:
George Thomson, Ottawa.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae: Joli-Cœur Lacasse Lemieux Simard St-Pierre, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

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

Procureur de l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest: Bernard W. Funston, Gloucester.

Solicitor for the intervenor the Minister of Justice for the Government of the Yukon Territory: Stuart J. Whitley, Whitehorse.

Solicitor for the intervenor Kitigan Zibi Anishinabeg: Agnès Laporte, Hull.

Solicitors for the intervenor the Grand Council of the Crees (Eeyou Estchee): Robinson, Sheppard, Shapiro, Montréal.

Solicitors for the intervenor the Makivik Corporation: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.

Solicitor for the intervenor the Chiefs of Ontario: Michael Sherry, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Minority Advocacy and Rights Council: Scott & Aylen, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Ad Hoc Committee of Canadian Women on the Constitution: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto; Centre for Refugee Studies, North York.

Solicitors for the intervenor Guy Bertrand: Guy Bertrand & Associés, Québec; Patrick Monahan, North York.

Solicitors for the intervenors Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell and Van Hoven Petteway: Stephen A. Scott, Montréal.

Solicitors for the intervenor Vincent Pouliot: Paquette & Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenant le ministre de la Justice pour le gouvernement du territoire du Yukon: Stuart J. Whitley, Whitehorse.

Procureur de l'intervenante Kitigan Zibi Anishinabeg: Agnès Laporte, Hull.

Procureurs de l'intervenant le Grand Conseil des Cris (Eeyou Estchee): Robinson, Sheppard, Shapiro, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Corporation Makivik: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.

Procureur de l'intervenant Chiefs of Ontario: Michael Sherry, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil des revendications et des droits des minorités: Scott & Aylen, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Ad Hoc Committee of Canadian Women on the Constitution: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto; Centre for Refugee Studies, North York.

Procureurs de l'intervenant Guy Bertrand: Guy Bertrand & Associés, Québec; Patrick Monahan, North York.

Procureurs des intervenants Roopnarine Singh, Keith Owen Henderson, Claude Leclerc, Kenneth O'Donnell et Van Hoven Petteway: Stephen A. Scott, Montréal.

Procureurs de l'intervenant Vincent Pouliot: Paquette & Associés, Montréal.

Tab 2

2001 CarswellOnt 4275
Ontario Court of Appeal

Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)

2001 CarswellOnt 4275, 2001 CarswellOnt 4276, [2001] O.J. No. 4767, [2001] O.J. No. 4768, [2001] C.C.S. No. 25193, 110 A.C.W.S. (3d) 461, 153 O.A.C. 1, 208 D.L.R. (4th) 577, 38 Admin. L.R. (3d) 1, 56 O.R. (3d) 505 (Eng.), 56 O.R. (3d) 577 (Fr.), 89 C.R.R. (2d) 1

Gisèle Lalonde, Michelle de Courville Nicol and Hôpital Montfort, Applicants (Respondents in Appeal) and Commission de restructuration des services de santé, Respondent (Appellant) and The Commissioner of Official Languages of Canada, the Attorney General of Canada, la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada and l'Association canadienne française de l'Ontario, Interveners

Weiler, Sharpe JJ.A., Rivard J. (ad hoc)

Heard: May 14-17, 2001

Judgment: December 7, 2001 *

Docket: CA C33807

Proceedings: additional reasons at (), [2002 CarswellOnt 336](#) (Ont. C.A.); affirming (), [70 C.R.R. \(2d\) 136, 1999 CarswellOnt 4167](#), [1999 CarswellOnt 4168](#), [181 D.L.R. \(4th\) 263](#), [48 O.R. \(3d\) 50](#), [131 O.A.C. 201](#), [22 Admin. L.R. \(3d\) 73](#) (Ont. Div. Ct.); additional reasons at (), [2000 CarswellOnt 1460](#) (Ont. Div. Ct.)

Counsel: *Ronald F. Caza, Pascale Giguère and Marc Cousineau*, for respondents *Janet E. Minor and Michel Y. Hélie*, for appellant *René Cadieux and Johanne Tremblay*, for intervenor the Commissioner of Official Languages of Canada

Alain Préfontaine and Warren J. Newman, for intervenor Attorney General of Canada *François Boileau*, for intervenor la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada

Paul S. Rouleau and Louise Hurteau, for intervenor l'Association canadienne française de l'Ontario

Subject: Constitutional; Public; Human Rights

APPEAL by Health Services Restructuring Commission from judgment reported at [1999] O.J. No. 4489, 1999 CarswellOnt 4167, 1999 CarswellOnt 4168, 70 C.R.R. (2d) 136, 181 D.L.R. (4th) 263, 48 O.R. (3d) 50, 131 O.A.C. 201, 22 Admin. L.R. (3d) 73 (Ont. Div. Ct.), granting application to set aside directions of commission; CROSS-APPEAL by hospital and community members.

Weiler and Sharpe JJ.A. (Rivard J. (ad hoc) concurring):

I Introduction

1 This is an appeal from the judgment of the Divisional Court (reported at (1999), 48 O.R. (3d) 50 (in English) and [1999] O.J. No. 4489 (in French)) quashing the directions of the Health Services Restructuring Commission (the "Commission") ordering the respondent Hôpital Montfort ("Montfort") to substantially reduce its health services. The Court remitted the question of restructuring of health services at Montfort to the Commission for reconsideration in accordance with the Court's decision. The Minister of Health ("Ontario") has now replaced the Commission. Ontario appeals on the basis that the Divisional Court erred in fact and in law in ordering it to reconsider its directions to Montfort. Montfort cross-appeals from the decision of the Divisional Court holding that the Commission's directions did not infringe the equality guarantees in s. 15 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

2 This appeal raises important issues in relation to the language rights of Ontario's francophone minority. Montfort, located in Ottawa, is the only hospital in Ontario in which the working language is French and where services in French are available on a full-time basis. Montfort serves as the community hospital for the substantial francophone community of eastern Ontario and also plays a unique role in the education and training of French-speaking health care professionals. The Divisional Court held that, as the Commission's directions would cripple Montfort as an important francophone institution, they should be quashed on the ground that the Commission failed to respect the unwritten constitutional principle of respect for and protection of minorities. Ontario appeals, arguing that linguistic rights are exhaustively defined by the written text of the Constitution. As Montfort is not protected by the words of the Constitution, Ontario says that the Commission was free to alter its status. Montfort and the intervenors urge us to uphold the decision of the Divisional Court. They also rely on the quasi-constitutional protections of the *French Language Services Act*, R.S.O. 1990, c. F.32 ("F.L.S.A."), and say that the Divisional Court erred in rejecting their claim that Montfort is protected by s. 15 of the *Charter*.

II Facts

(1) Hôpital Montfort

3 Montfort is located in the eastern part of Ottawa-Carleton. Approximately 80% of Ottawa's francophone population lives east of the Rideau River. Montfort draws the most significant portion of its caseload from neighbourhoods in close proximity to the hospital. Russell County, a high-growth area with a population of 34,761, according to the 1991 census, has no hospital. The population relies entirely on Montfort and the Ottawa General Hospital for hospital services.

4 Montfort is described in the reasons of the Divisional Court, at pp. 58-60, as follows:

Hôpital Montfort was founded in 1953 through the efforts of leaders of the Franco-Ontarian community under the direction of a religious order of nuns, the Daughters of Wisdom. Unlike other hospitals in the Ottawa area which were English or designated bilingual, Montfort was a homogeneous francophone hospital. Although today it also provides bilingual services in English, its medical services and training are essentially francophone. Moreover, the hospital plays an important role in the Franco-Ontarian community as a whole. It is the *only* hospital in Ontario to provide a wide range of medical services and training in a truly francophone setting. In 1975 Montfort adopted an official policy regarding its francophone nature, based upon the following premises:

- (a) that its francophone character was its *raison d'être*;
- (b) that it was necessary to offer all hospital services in French; and
- (c) that it was necessary to offer a complete range of medical care, except for certain highly specialized services already available elsewhere in the region.

When the Commission began its work in Ottawa-Carleton in July 1996, there were nine public hospitals providing services on 11 main sites. These included seven acute care hospitals, six of which maintained emergency departments. Hôpital Montfort was one of these six acute care hospitals.

Montfort has a total bed capacity of 252 beds. However, as of 1995-96, 56 of these beds had been taken out of use. Montfort provides services . . . at the primary and secondary level Some of its principal programs include cardiology, surgery, pulmonary medicine, orthopaedics and obstetrics. It offers emergency care. . . . Although it does not provide services in certain specific highly specialized areas, Hôpital Montfort truly qualifies as a full service" general hospital" and is perceived as such by the community at large.

Montfort is a unique health care institution in Ontario for a variety of reasons. First, it has a different history than other hospitals established in the eastern part of Ontario by various orders of nuns. Although all were originally francophone institutions, the others

have since become either English hospitals (*e.g.*, Hotel Dieu in Kingston) or bilingual hospitals (*e.g.*, Ottawa General). Only Montfort continues as a francophone institution in Ottawa-Carleton.

Although Montfort lost its paediatrics department in 1974, following the creation of the Children's Hospital of Eastern Ontario ("CHEO"), it continued to grow in size and to expand its range of services. It is significant - both from the perspective of the Hospital's own view of its mandate, and in relation to the community's sense of that mandate - that following the loss of its paediatrics specialty, Montfort re-emphasized its commitment to continue as a francophone institution, offering all levels of health care services in French and, as noted above, declaring its francophone character to be its very "*raison d'être*".

In 1984, Montfort began offering bilingual services. Today 20 per cent of its patients are anglophone. However, the working language of Montfort was at all times and remains French. Over 95 per cent of its employees are capable of providing services in French. Thus, doctors, nurses, cafeteria employees, caretakers and others touching all aspects and areas of Montfort's services work in French. A person walking in the halls of Montfort hears the French language spoken as the language of choice. All internal communications - verbal or written - are in French. With rare exceptions all administrative and medical meetings take place in the French language and the minutes of such meetings are written in that language. Consultations, diagnoses, and communications with patients are in French.

This is unique in Ottawa-Carleton and, indeed, in the province of Ontario.

5 Some further brief description and elaboration on Montfort's services is in order. As indicated, Montfort is a community hospital with approximately 196 beds in use. It provides primary health care services (*i.e.*, care provided by a health care worker on a patient's first contact with the health care system, including emergency services), secondary care (*i.e.*, care provided by a specialist health care professional, such as a general surgeon), and, according to the Commission's February 1997 report at p. 34, some tertiary level care (*i.e.*, care that requires highly specialized skills, technology, and support services). In addition, Montfort provides intensive care, treatment and referral services, and outpatient or clinical activities. In addition to cardiology, surgery, orthopaedics and obstetrics, another of its principal inpatient programs was psychiatry.

6 Montfort also fills an important educational role. In conjunction with the University of Ottawa, Montfort offers a training program for health care providers who have chosen to be trained in French. Montfort currently accommodates 186 students in Health Sciences, including students in physiotherapy and occupational therapy, medical clerks and residents in family medicine. Many of the family physicians that admit patients requiring hospitalization to one of the family medicine beds at the hospital are actively involved in the

family medicine training program for residents and undergraduate medical students. Once admitted, patients may require the services of a specialist or a surgeon who would also be involved with students and residents. The training program at Montfort has ramifications that go beyond Ottawa-Carleton and the neighbouring Eastern district. For example, a doctor trained at Montfort may serve the large francophone populations in the Northern Ontario communities of Hearst and Kapuskasing.

7 The respondents emphasize that the institutional importance of Montfort to Ontario's francophone minority extends beyond the health care and educational needs of the francophone minority. Montfort, they say, is an institution that embodies and evokes the French presence in Ontario. It is asserted that the French speaking minority population is constantly faced with the threat of assimilation. The respondents led evidence, accepted by the Divisional Court, to show that a linguistic minority's institutions are essential to the survival and vitality of this community, not only for its practical functions, but also for the affirmation and expression of cultural identity and sense of belonging. Montfort, they insist, is such an institution.

(2) Mandate of the Health Services Restructuring Commission

8 The *Ministry of Health Act*, R.S.O. 1990, c. M.26, s. 8, as amended by the *Savings and Restructuring Act, 1996*, S.O. 1996, c. 1, Sched. F, s. 1, provides as follows:

8.(1) The Lieutenant Governor in Council may establish a body to be known in English as the Health Services Restructuring Commission and in French as Commission de restructuration des services de santé.

.....

(8) The duties and powers assigned to the Commission under this or any other Act shall be duties and powers with respect to the development, establishment and maintenance of an effective and adequate health care system and the restructuring of health care services provided in Ontario communities *having regard to district health council reports for those communities*. [Emphasis added.]

9 Thus, s. 8(8) of the *Ministry of Health Act* expressly indicates that any Commission set up according to the provision must exercise its duties and powers "having regard to district health council reports" for the community concerned.

10 By regulation (O. Reg. 88/96) made on March 21, 1996, the government of Ontario set out the Commission's duties and powers referred to in s. 8(8) of the Act:¹

1.(1) The following are the duties of the Commission:

1. To consider local hospital restructuring plans provided by the Ministry and such other information relevant to the plans as it deems appropriate.
 2. To determine which local hospital restructuring plans provided by the Ministry shall be implemented and to vary or add to those plans if it considers it in the public interest to do so.
 3. To determine the timing of the implementation of local hospital restructuring plans and the manner in which they are to be implemented.
 4. To set guidelines respecting representations that may be made to the Commission by a hospital that has received notice under subsection 6(5) of the *Public Hospitals Act* that the Commission intends to issue a direction that the hospital cease to operate or that it amalgamate with another hospital.
 5. To give the Minister quarterly reports on the implementation of local hospital restructuring plans.
 6. To advise the Minister where the Commission is of the opinion that a local hospital restructuring plan should be developed for a specified hospital or for two or more hospitals in a geographic area.
 7. Where a hospital fails to carry out a direction issued by the Commission under section 6 of the *Public Hospitals Act*, to advise the Minister as to appropriate actions, including the appointment of investigators under section 8 of the *Public Hospitals Act* and of hospital supervisors under section 9 of that Act.
- (2) The guidelines established under paragraph 4 of subsection (1) shall set out the manner in which representations may be made and the procedure for making the representations.
- (3) The Commission may exercise such powers as are necessary to carry out the duties of the Commission including the following powers:
1. To consult with providers of health care services and such other persons as the Commission considers necessary in order to determine,
 - i. which local hospital restructuring plans provided by the Ministry shall be implemented,
 - ii. whether and in what manner to vary or add to a local hospital restructuring plan,
 - iii. the timing of the implementation of a local hospital restructuring plan, and

- iv. the manner in which a local hospital restructuring plan is to be implemented.
2. *To exercise any power under section 6 or subsection 9(10) of the Public Hospitals Act assigned to the Commission by regulation under that Act.*
3. To advise the Minister as to the revocation of a licence under section 15.1 of the *Private Hospitals Act*.
4. To advise the Minister on all matters relating to the development, establishment and maintenance of an effective and adequate health care system and the restructuring of health care services provided in Ontario communities. [Emphasis added.]

11 The *Public Hospitals Act*, R.S.O. 1990, c. P.40, s. 6, was re-enacted and amended in 1996 (S.O. 1996, c. 1, Sched. F, s. 6) to provide that "where the Minister considers it *in the public interest* to do so," the Minister (and the Commission in his place) is authorized to issue directions to public hospitals to "cease operating as a public hospital," to amalgamate with other hospitals, to "cease to provide specified services," to "increase or decrease the extent or volume of specified services," or to "provide specified services to a specified extent or volume" [emphasis added]. These amendments provided the Commission with the authority to issue broad "public interest" directions to public hospital boards. Section 6 provides in part:

- 6.(1) The Minister may direct the board of a hospital to cease operating as a public hospital on or before the date set out in the direction where the Minister considers it *in the public interest* to do so.
 - (2) The Minister may direct the board of a hospital to do any of the following on or before the date set out in the direction where the Minister considers it *in the public interest* to do so:
 1. To provide specified services to a specified extent or of a specified volume.
 2. To cease to provide specified services.
 3. To increase or decrease the extent or volume of specified services.
- (3) The Minister may direct the boards of two or more hospitals to take all necessary steps required for their amalgamation under section 113 of the *Corporations Act* on or before the date set out in the direction where the Minister considers it *in the public interest* to do so.

.....

(7) The Minister may amend or revoke a direction made under this section where the Minister considers it *in the public interest* to do so. [Emphasis added.]

12 On March 29, 1996, the Ontario government by Order-in-Council established the Commission and appointed Dr. Duncan G. Sinclair as the Commission's Chair.

13 The *Ministry of Health Act*, as amended by the *Savings and Restructuring Act, 1996*, specifically provided that at the end of the period for which the Commission was established (4 years), the appointments of its members were revoked and it would cease to perform any duties or to exercise any powers (s. 8(10)). This has happened and the Ministry of Health now exercises the powers formerly delegated to the Commission.

(3) The Commission's Process

14 The process established by the Commission was to conduct an initial review, issue a notice of intention regarding its proposed directions, call for public input and consultation, issue a report and then issue its directions to implement the report's recommendations.

(a) The Commission's First Report

15 The Commission's first report was issued in February 1997. The Commission ("HSRC") described its mandate and terms of reference as follows:

HSRC Mandate and Terms of Reference

Bearing in mind the magnitude of the task and the limited time and funds available, the HSRC will function in accordance with the following terms of reference:

1. To discharge its mandate, it will:

- Make decisions on restructuring of hospitals, including the provincially operated psychiatric hospitals, by directing hospital closures, amalgamations, program transfers and any other actions considered necessary to implement hospital restructuring.
- Make recommendations to the Minister of Health on how to improve the efficiency and effectiveness, including cost-effectiveness, of other elements of the health services system while maintaining or enhancing the quality of services provided.
- Identify areas for reinvestment in communities that will lead to the development of a comprehensive, integrated community, district and regional health system.

2. The HSRC's work plan will be undertaken quickly, meeting a schedule to discharge its mandate within four years.

3. Options for change will be evaluated against three broad criteria:

- maintenance or enhancement of quality of services;
- maintenance or enhancement of accessibility to service, and;
- affordability.

16 It may be noted that the evaluation criteria did not include the maintenance or enhancement of the delivery of health care services in French.

17 The report was divided into six sections plus the recommendations. Section I provided a regional and community profile of Ottawa-Carleton. Under this heading the Commission noted that based on 1991 census data the population of the Ottawa-Carleton region was 18.4% francophone. In neighbouring counties served by Ottawa-Carleton hospitals the francophone population was reported at 20.9%. (This figure is significantly lower than the stated figure of the Eastern District Health Council, which puts the rate at 44%.) Many people who work in Ottawa live in Quebec. The report noted that the Western Quebec population in the Outaouais region were significant users of Ottawa hospital services. Among the community hospitals, Montfort was the community hospital used by the vast majority of Quebec residents. In terms of actual numbers, two teaching hospitals, Ottawa General and Ottawa Civic, had higher admissions from Quebec particularly for secondary and tertiary care. The report stated at p. 10 that:

Issues of access to services respecting the cultural and linguistic requirements of this population is an important consideration in the reconfiguration of services in Ottawa-Carleton.

18 Later in its report, however, the Commission added (at p. 35) that:

[I]t is important to note that the estimates of Quebec utilization have no impact on the operating costs or savings as identified by the HSRC. Further, depending on the existing excess bed capacity in the system it is likely that there will be no capital costs implications associated with the utilization of health services by Quebec residents.

19 Section II provided a broad overview of the current health care delivery system as follows:

Ottawa-Carleton Profile of Institutions

Facility	Current Role
Ottawa Civic	Acute Care: Adult Tertiary / Teaching Hospital, includes the Ottawa Heart Institute and the Loeb Research Institute
Ottawa General Hospital	Acute Care: Adult Tertiary / Teaching Hospital, includes the Eye Institute - designated as a French Language Facility
Children's Hospital of Eastern Ontario (CHEO) Queensway-Carleton Hospital	Acute: Paediatric Teaching Hospital, with an emergency department
Riverside Hospital	Acute Care: Community Hospital, with an emergency department
Hôpital Montfort	Acute Care: Community Hospital, with an emergency department
Salvation Army Grace Hospital	Acute Care: Community Hospital, with an emergency department - designated as a French Language Facility
Royal Ottawa Health Care Group (ROHCG)	Acute Care: Community Hospital, no emergency
Sisters of Charity of Ottawa (SCO) [Saint Vincent Pavilion and Rehabilitation Centre]	Specialty: Rehabilitation and Psychiatric (with emergency) Hospital (2 sites)
Perley Rideau Veteran's Health Centre (PRVHC)	Chronic Care: Multi-site facility for chronic care, chronic rehabilitation, palliative and respite care
National Defence Medical Centre	Long-Term Care: Merged facility on new site with role change to Multi-level long-term care facility
	Acute Care: Federal facility, no longer funded by the Ontario Ministry of Health <i>(Patient activity not included in acute care statistics for Ottawa-Carleton)</i>

20 The report noted that all adult acute care hospitals, except the Royal Ottawa, have medical and surgical beds and offer services in a wide range of primary and secondary medical and surgical specialties. Adult acute care includes crisis and emergency intervention, assessment and short-term admissions, treatment, and referral services. The Civic Hospital and Queensway Carleton provide almost half the emergency services in Ottawa-Carleton. Highly specialized and tertiary services for adults tend to be concentrated at the two teaching hospitals, Ottawa Civic and Ottawa General. Of the community hospitals, Montfort appears to have the highest volume of outpatient or clinical activity.

21 The report noted that Ottawa-Carleton has an Academic Health Sciences Centre supported by the University of Ottawa. Montfort's role as a teaching and training facility of health care providers in the French language was not mentioned, nor was there recognition of its supporting clinical role to the University of Ottawa's School of Medicine programs for francophone health care providers.

22 In describing the physical site of Montfort, the report noted that Montfort is in good condition, although part of the buildings is not air conditioned. There are some deficiencies

in the layout of medical records and the psychiatric unit; however, the report acknowledged at p. 19 that "[t]he hospital has a built-in expansion capability vertically, and there is ample area for horizontal expansion." Next to Ottawa General, Montfort ranked highest on the scale developed by the Commission for assessing facilities.

23 At p. 17, under the heading "French Language Services," the report stated:

The Montfort, General, Rehabilitation Centre and Saint-Vincent Pavilion are all designated under the French Language Services Act. Partial designation has been given to four other facilities for some of their programs: CHEO, Civic, Royal Ottawa Hospital (psychiatric rehabilitation) and Riverside (sexual assault program).

24 The report did not recognize that Montfort is the only community hospital providing services in the French language on a full-time basis. The Ottawa General is a teaching hospital and, although it is designated under the F.L.S.A., it cannot offer service twenty-four hours a day, seven days a week in French. The Rehabilitation Centre and Saint Vincent-Pavilion are specialized facilities that do not offer general health care. The other centres have only partial designation.

25 Section III of the report contained a summary of the Ottawa-Carleton Regional District Health Council's report and recommendations to the Commission. Among the key recommendations of the Health Council was one envisaging merger of the Ottawa Civic and Ottawa General hospitals, creating a single hospital on two sites. A further recommendation (reproduced at p. 24 of the Commission's report) emphasized the need to:

Recognize and encourage the primary and distinctive functions of the Montfort Hospital as a francophone hospital fulfilling regional, extra-regional and provincial functions - including teaching components.

26 It is worth noting that in a later portion of its report dealing with mental health services, the Commission cited with approval the Health Council's vision for mental health services delivery in Ottawa-Carleton; in describing this vision as being "comparable" to its own, the Commission quoted (at p. 44) a passage from the Health Council's earlier report containing the following statement:

Service delivery will be considered on the basis that services in French, comparable in quality and accessibility to those offered in English, should be planned and delivered in order to conform to the language policy of the District Health Council and the requirements of an area designated under the *French Language Services Act*.

27 Section IV of the report outlined the decision criteria and assessment of options considered by the Commission during its review process. The Commission determined at p.

35 that there was a significant variation between the number of beds currently in operation and the number of beds required, giving rise to" a significant opportunity to restructure hospital services in Ottawa." The report recommended that there be one community/ tertiary hospital (a merged Civic/ General hospital, including the Heart Institute), one community hospital (Carleton-Queensway), one paediatric hospital (CHEO), one chronic care/rehabilitation centre (Sisters of Charity of Ottawa sites), and one long-term mental health centre (Royal Ottawa). The Montfort, Riverside, and Grace hospitals were to be closed.

28 Section V described the capital investment requirements of the Commission.

29 Section VI summarized the decisions and intended directions reached by the Commission. Under the heading "Siting of Clinical Activity" the Commission stated, at p. 80:

The recommended option for the siting of acute services is a four site scenario, utilizing the existing capacity in the Ottawa General, Ottawa Civic, Children's Hospital of Eastern Ontario, and the Queensway-Carleton Hospital. This option also means the closing of the following sites for acute care: Riverside Hospital, Montfort Hospital and the Salvation Army Grace Hospital.

30 Thus, with the exception of Queensway-Carleton, a non-designated facility under the F.L.S.A., all community hospitals were to be closed. The Ottawa General, Ottawa Civic, Riverside and Montfort were to be amalgamated. Montfort's clinical activity was to be relocated to the Ottawa General site (acute) and its longer term mental health care to the Royal Ottawa.

31 Under the heading "Additional Planning and Research," the Commission indicated at p. 82 that it would be "looking at the feasibility of utilizing the Riverside and the Montfort facilities as future sites for long-term care and chronic care."

32 Despite the fact that the Commission's legislative mandate under the *Ministry of Health Act* (as amended by the *Savings and Restructuring Act, 1996*) required it to have regard to district health council reports for the affected community, the Commission gave no explanation for ignoring the Ottawa-Carleton Health Council's recommendations with respect to Montfort's unique role as a clinical teaching hospital and in the provision of health care services to the francophone population, not only in the region but elsewhere in the province.

(b) Community Reaction to the First Report

33 The Commission's initial notice of intention and its subsequent directions were met with a storm of protest. Extensive efforts were made to educate the Commission concerning

the effect that its recommendations would have on the francophone population not only in Ottawa-Carleton, but also in the five neighbouring counties of eastern Ontario. An extract from the April 1997 response of the District Health Council of Eastern Ontario to the Commission is set out below:

French Health Services

As identified in the HSRC's report (table on page 11), French is the mother tongue of 44% of the population of the five counties of Eastern Ontario. It is the majority language in Prescott-Russell counties at 76% and 67% respectively and a significant minority language in Glengarry (38%) and Stormont (30%). Within the District Health Council of Eastern Ontario area, the Counties of Prescott, Russell, Stormont and Glengarry, the City of Cornwall and the Township of Winchester in Dundas County are designated under the *French Language Services (FLS) Act*. Consequently, planning and development of health services must be consistent with the provisions of the Act.

a) Respecting Culture and Language

While the Report mentions community representation and regard for demographic, linguistic and cultural characteristics of the Ottawa-Carleton region as well as identifying the facilities which have complete and partial designations under the *FLS Act*, it does not fully address the objectives of the *Act*. The *FLS Act* is designed to help preserve the French language and culture in Ontario well into the future. It also acknowledges the desire of the Francophone community to have the long-standing contribution of their language and culture recognized. Health services in French are essential to the development of the Francophone community and to the recognition of its full and equal partnership. A community becomes assimilated when its language and culture are invisible to its own members and to society in general.

Recommendation: That the HSRC take into account the need to preserve l'Hôpital Montfort since it is the only hospital whose language of operation is French that serves the Francophone communities of Ottawa-Carleton and of Russell County.

b) Availability of French-Speaking Health Professionals

The permanency and quality of health services in French is determined by the availability of French-speaking health professionals. Recognizing this, the government of Ontario set up the "*Ontario-Quebec Health Study Program*" to increase the number of French-speaking health professionals available to provide health services in French. By applying to participate in this program, French-speaking Ontarians increase their chances of being admitted to limited-enrolment programs in health studies in Quebec, which are not available in French in Ontario. In recent years, the number of Ontario colleges and

universities offering health studies in French has also increased, encouraging even more French-speaking students in Ontario to pursue careers in the health field.

Unfortunately, for the clinical component, very few hospitals in Ontario are able to offer an environment in which French-speaking students can actually work in French. If this kind of work environment is not available in Ontario, the above initiatives seem futile. Such a situation serves to perpetuate Ontario's dependence on outside sources to provide training in French.

Recommendation: That the HSRC take into account the need to maintain l'Hôpital Montfort for its unique role in providing a milieu where French-speaking students pursuing health studies in French can obtain training in French in Ontario. [at pp. 6-8, emphasis in original]

34 In addition to the Eastern Ontario District Health Council's response, the Ottawa-Carleton Regional District Health Council, the University of Ottawa Faculty of Medicine and Montfort filed responses to the Commission's recommendations. They all stressed that if the Commission's recommendations were implemented, access to health services in French would be more difficult and that the training of health care professionals in French would be imperiled. They recommended that Montfort continue to provide its full range of services.

35 The Ottawa-Carleton Regional District Health Council's response again described Montfort as unique and recommended that Montfort remain open because it provided an environment in which francophone clients and their families could have access at all times to employees offering services in French. The Council also stressed the important role of Montfort in the training of French-speaking medical personnel.

36 The Council also noted that the Commission had recommended the closing of the psychiatric hospital at Brockville and the transfer of long-term psychiatric patients from Brockville to the Royal Ottawa Hospital. The Council pointed out that there was no guarantee that services would be offered in French to francophone psychiatric patients at Royal Ottawa because it was not designated under the F.L.S.A. and that at least one unit would have to be designated under the Act.

(c) The Commission's Final Report

37 The "final" report of the Commission was issued in August 1997. A summary of "Key Directions, Advice and Notices" (p. 5) was included in the Introduction. Items 2 and 3 concerned Montfort. They stated:

2. The Hôpital Montfort will be maintained with its separate governance, representative of the community served:

• it will provide ambulatory care, day surgery, low risk obstetrics, acute and longer-term mental health services and long-term care services.

• an Ottawa-Carleton French Language Health Services Network will be created under the leadership of Hôpital Montfort to facilitate the delivery of French language services in the other hospitals and agencies.

3. The Hôpital Montfort, and Sisters of Charity of Ottawa will be required to maintain their designation; and, Children's Hospital of Eastern Ontario (CHEO), and The Ottawa Hospital/L'Hôpital d'Ottawa (Alta Vista Site, Heart Institute and The Rehabilitation Centre) will be required to obtain designation for the provision of French language health services.

38 The second section of the report was entitled "French Language Health Services" and provided as follows, at pp. 8-9:

The HSRC's intention in amalgamating two fully designated French language providers, the Hôpital Montfort and Ottawa General Hospital, was to provide a greater critical mass and clinical coherence of services available in the French language. The governance structures of the amalgamated hospital and other facilities would be established to reflect the linguistic, cultural, socio-economic and demographic mix of the community.

Principal Issues in the Responses to the Notices

• Closure of Hôpital Montfort:

- limits access to French language services
- seen as an assault on minority linguistic rights
- results in dilution and assimilation of francophone health care professionals
- removes a French milieu for training medical and health professionals

• Merging of two bilingual facilities [Montfort and Ottawa General] with two unilingual facilities [Ottawa Civic and Riverside] weakens French language services

• Needs of French-speaking long-term care and mental health patients not fully considered

• Lack of consideration given to the Prescott and Russell utilization of Hôpital Montfort

The HSRC's Deliberations

Many in the community were concerned that the proposed closure of Hôpital Montfort would significantly reduce the accessibility of services offered in French. In drafting the Notices issued in February, the HSRC considered the issue of access to French language services. The HSRC supports completely the right of individuals to receive services in the French language and is directed in that support by the *French Language Services Act*.

The HSRC believes access to French language services depends on several factors:

- designation of facilities and programs;
- proximity of service providers to patients; and
- French language milieu for health education.

Designation of Facilities and Programs

According to Section 5.1 of the *French Language Services Act*:

A person has the right to communicate in French with, and to receive available services in French from, any head or central office of a government agency or institution of the Legislature that is designated by regulations, (for example: hospitals, long-term care facilities, community health centres, mental health programs, addiction services, etc.) and has the same right in respect of any other office of such agency or institution that is located in or serves an area designated in the Schedule.

The process by which a hospital achieves a mandate to offer services in the French language is called "designation"

According to the Ministry of Health's French Language Health Services Designation Plan, to obtain designation the agency must demonstrate that all the services which it intends to be designated are available in French on a permanent basis. The plan must prove the availability and permanency of these services.

.

Although hospitals must meet certain criteria to obtain either full or partial designation, the levels of services, whether primary, secondary or tertiary, offered in French may vary greatly among programs and facilities. For example the language for conducting business at the Hôpital Montfort is predominantly French.

39 Regarding its decision to reverse its proposed direction to close Montfort, the Commission stated at p. 10 that "[o]ne of the most compelling arguments heard by the [Commission] in support of retaining Hôpital Montfort as a separate hospital was the view that in order to promote the development of French language health professionals there

should be an environment where the working language is predominantly French." The Commission acknowledged at pp. 10-11 that:

Closing Montfort would have serious consequences on the quality of French-language training programs at both college and university levels since it is the only hospital where trainees are guaranteed to consistently receive all aspects of training in French including instruction, charting and consultations. *In a bilingual setting, some aspects will not be available in French at all times.* [Emphasis added.]

40 The Commission elaborated on the education and training of French health care providers as follows, at pp. 71-72:

French Language Medical Education and Education of Francophone Health Professionals

Medical students and postgraduate clinical trainees can no longer undertake their medical studies in Quebec. To meet their education needs, Ottawa based institutions have developed the capacity to provide education in both French and bilingual settings.

The post-secondary educational institutions and the institutions affiliated with them have a particular responsibility and capacity to educate a range of health professionals in the French language. These professionals go on to rewarding health care careers, not only in local hospitals, but in northern and eastern communities in Ontario where the predominant language is French. The University of Ottawa has an essential role to educate francophone health professionals. The University is the only Ontario institution capable of training francophone audiologists, speech pathologists, physiotherapists, occupational therapists, physicians (family physicians and specialists), nurse practitioners, nurses trained at the master's level who provide advanced nursing practice, and clinical psychologists at the Ph.D. level. The University and its affiliated institutions can also offer a bilingual setting for the education of bilingual medical specialists.

To attain the educational objectives assigned by the University, francophone medical students must secure a good portion of their education and training in a francophone clinical setting. To provide medical and other health professional programs in French, the University must not only recruit students who are fluent in both official languages, it must have a critical mass of clinician-educators who will work closely with students in multidisciplinary teams in a French milieu. According to the University, the environment necessary for clinical teaching should include:

- francophone patients with a broad range of diseases;
- exposure to inpatient and outpatient programs;

- *a francophone community hospital setting;*
- a francophone multidisciplinary team consisting of a staff physician, resident, nurse, social worker, physiotherapist, etc.;
- a francophone work setting including French-language charting and communications;
- francophone support services such as laboratory and diagnostics;
- administrative services in French;
- sufficient infrastructure (e.g., meeting rooms, computers, etc.); and
- medical texts in French

In addition, it requires students who, prior to entering their health professional programs, are fluent in the French language. It also requires the University and its partner hospital and other institutions to establish and maintain "streams" or sections of the curriculum that permit students to reinforce their language skills throughout their undergraduate and postgraduate programs, whether in medicine, or others of the health professions. It requires of the institution as well as its students a major and continuing commitment to the education of graduates who will practice their professions in French and bilingual environments.

The mission statement of the University of Ottawa contains, among other provisions, the following:

to maintain and develop the widest range of teaching and research programs of national and international standing in both French and English (and) to exercise leadership and development of teaching, research and professional programs designed specifically for the French-speaking population of Ontario.

In response to the February report, the University of Ottawa acknowledged that it has obligations to the communities of eastern and northeastern Ontario. It also acknowledged the obligation to ensure that health services in bilingual institutions are delivered in a humane and caring manner which reflects the highest possible standards.

To meet the special needs of francophone medical students and postgraduate clinical trainees, the University recruited a Vice Dean to head up an Office of Francophone Affairs, developed new curricula with an emphasis on small group teaching and problem based learning, made arrangements with Hôpital Montfort to provide a French milieu for training, and finalized a five-year action plan for a francophone medical program.

The University also established a post-graduate residency program in family medicine for francophone graduates, and actively recruits francophone students and staff . . . [Emphasis added.]

41 The Commission's (HSRC's) August report, however, did significantly affect Montfort's program configuration. The following extract from pp. 14-15 of the report dealt with the programs offered by Montfort and the proposal to change them:

The largest inpatient program of the hospital in 1995/96 was psychiatry. The hospital provides both acute and longer-term mental health care. The HSRC supports the need to continue to provide French language mental health services at the Hôpital Montfort in a French language environment, to serve the needs of the unilingual francophone.

The Hôpital Montfort's second largest inpatient program is cardiology. To ensure greater integration of cardiology and cardiac services, the HSRC directs that the program be moved to the University of Ottawa Heart Institute and that the Institute become fully designated under the French Language Services Act as soon as possible. The Heart Institute, with its critical mass and concentration of expertise, will be able to provide patients with a full range of cardiac care services. Concentrating inpatient services on one site will also reduce transfers and expedite surgical intervention if required.

The Hôpital Montfort will continue to provide outpatient cardiology services. To improve communications between the facilities, the Heart Institute and the Hôpital Montfort should explore effective ways to share information, particularly diagnostic and other patient care information.

Low risk obstetrics is another program of sufficient size to be maintained and enhanced on the Montfort site. . . .

The hospital's day care and primary care ambulatory services will also be preserved. . . . The HSRC will direct Hôpital Montfort to seek an affiliation with The Ottawa Hospital/ L'Hôpital d'Ottawa to provide support for the services which are not available on a 24 hour basis at the Hôpital Montfort and clinical back up for the programs it does provide (e.g. day surgery and obstetrics).

All other inpatient activity at the Hôpital Montfort will be transferred to the Alta Vista site of The Ottawa Hospital/L'Hôpital d'Ottawa, where the programs can be integrated with those currently provided at the site.

The HSRC strongly endorses Hôpital Montfort's role as a teaching facility providing a French milieu for the education of physicians and other health professionals and the training of resident physicians in family medicine and other health care professionals.

42 With respect to Montfort's role as a teaching facility, the Commission, at pp. 73-74, directed the creation of an Academic Coordinating Body composed of the Ottawa teaching hospitals (General and Civic) and the University of Ottawa, with the participation of the French Language Health Services Network, a network that the Commission directed Montfort to establish and lead. The Academic Coordinating Body was to be responsible for "ensuring health professionals have access to opportunities for education and training in French." The report further noted, at p. 74:

While medical residents and other professionals will have the opportunity to be educated and to train in a primary care environment in the ambulatory setting at Hôpital Montfort, they will also require training in other designated facilities. The University of Ottawa, the French Language Health Services Network and the Academic Coordinating Body will all be responsible for coordinating this training.

43 The Commission therefore recognized that, as a result of its direction, the education of health care professionals in French would be incomplete at Montfort because it was no longer a community hospital.

44 To summarize, Montfort would go from receiving funds for a 196-bed general community hospital to a hospital receiving funds for 51 mental health beds and 15 low-risk obstetrical beds. It would no longer provide emergency, intensive care, and general surgery services associated with short-term hospital admission. It would also no longer offer short-term admission and treatment for a variety of ailments in family medicine or internal medicine. Cardiology, its second largest program, would be transferred to the General campus of the amalgamated Ottawa Hospital and the Heart Centre there was given a direction to obtain designation under the F.L.S.A. It would offer "urgent care," a form of walk-in clinic and some day surgery, low risk obstetrical beds, and psychiatric services.

45 In short, Montfort would still cease to function as a community hospital despite the recommendations of both the Ottawa-Carleton and Eastern Ontario Health Councils that Montfort continue to operate as a community hospital to meet the needs of the francophone community. Although the University of Ottawa stated that the environment necessary for clinical teaching of health care professionals included a francophone community hospital setting, the Commission did not restore the services that it had directed be removed and that made Montfort a general community hospital. Although the Commission professed to strongly endorse Montfort's role as a teaching facility for physicians in family medicine, it did not restore the family medicine beds it had directed be taken away from Montfort. The Commission gave no explanation for the gap between its stated intentions and its directions.

46 In September 1997, the Ottawa-Carleton Regional District Health Council made a further representation to the Commission. It noted that the opening of long-term care

psychiatric beds at Montfort would fill a gap in services in French. The Council asked for clarification of the mandate of the French Language Health Services Network. It expressed concern that the diminished role of Montfort would entirely eliminate the possibility of training certain categories of professionals in French (examples given were general nurses and druggists). It recommended that Montfort be assigned a sufficient number of acute care beds in internal and family medicine to permit it to maintain the critical mass of patients it needed to offer a clinical education. It further recommended that the Commission give the Working Group charged with implementing the Directions a mandate that clearly included responsibility for the provision of health care services in French and that the Commission oversee a plan that clearly defined the linguistic requirements for all positions in hospitals designated bilingual. Additional funds for the costs of providing services in both official languages were requested on an ongoing permanent basis for institutions designated under the F.L.S.A. Finally, the Council recommended that, to satisfy the requirements of the F.L.S.A., no service or program be transferred from Montfort until the Council, through its French Language Services Committee, had confirmed that the transferee institution satisfied the requirements of the F.L.S.A.

47 In response to this and further submissions, the Commission in July 1998 directed that 22 subacute beds be allocated to Montfort. Subacute care refers to care for a patient who does not require acute care services but is not yet ready for discharge to his or her home and community. Montfort would then have a total of 88 beds.

48 In April 1998, an interim committee for the establishment of the French Language Services Network submitted a proposal and preliminary budget to the Ministry of Health. The Ministry responded in December and provided funding for only one year but indicated funding could be made available "for specific activities."

49 In February 1999, the Commission sent a letter to Ms Michelle de Courville Nicol, the president of Montfort's board of directors, responding to submissions that it had not considered Montfort's larger institutional role as an agent for the preservation of the language and culture of Franco-Ontarians and that a francophone (as opposed to bilingual) milieu was essential in this regard. The letter written by the Commission's president, Dr. Duncan Sinclair, stated in part:

Debate of this belief is not within the purview of the Health Services Restructuring Commission. Current provincial policy is specified in the *French Languages Services Act*, which provides for hospitals offering services in the French language to be designated bilingual.

50 Montfort and the individual applicants then brought an application before the Divisional Court to set aside the directions of the Commission.

51 After the applicants began proceedings, the Restructuring Coordination Task Force for Ottawa-Carleton forwarded a proposal to the Commission regarding Montfort's academic service requirements and recommending the siting of 50 acute care beds at the hospital. The proposal caused the Commission to agree to review further information and to assist in the process. Both sides jointly retained two planners to report on the proposal. The Commission ceased to exist by regulation before the matter was heard by the Divisional Court and the court was not provided with the Commission's views on the additional planning reports.

III Decision of the Divisional Court

52 In its reasons quashing the directions of the Commission, the Divisional Court made three important findings of fact. First, the Divisional Court found that the effect of the Commission's directions was to reduce the availability of health care services in French to the francophone population in the Ottawa-Carleton region, a region designated as bilingual under the F.L.S.A. Secondly, the Divisional Court found that the Commission's directives affected the training program for doctors in the French language and placed insurmountable obstacles on the ability of medical personnel, particularly doctors, to become trained to adequately serve people in the French language. The Divisional Court found, thirdly, that the Commission saw the importance of continued French language medical services only in terms of the provision of bilingual services, but did not evaluate the importance and need for a truly francophone institution or consider the broader institutional role played by Montfort in helping to protect the francophone population from assimilation.

53 Montfort made three legal submissions before the Divisional Court. First, Montfort contended that the directions issued respecting Montfort violated s. 15 of the *Charter*. The Divisional Court dismissed this submission, holding that any differential treatment was not based upon the analogous grounds enumerated in s. 15. As we have indicated, Montfort has cross-appealed this portion of the Divisional Court's judgment.

54 Second, Montfort submitted that the Commission's directions should be invalidated on administrative law principles because they were patently unreasonable. The Divisional Court stressed that its role was a very limited one. It was only to decide whether the Commission acted according to law in arriving at its decision. The Divisional Court rejected the submission that, apart from the constitutional grounds, the Commission's directions were "patently unreasonable" or "clearly irrational," the test the parties agreed was applicable. Montfort has not cross-appealed this portion of the Divisional Court's judgment.

55 Third, and most significantly, Montfort argued that the Commission's directions should be set aside because they violated one of the fundamental organizing principles of the Constitution, the principle of respect for and protection of minorities - in this case, a minority belonging to one of the country's founding cultures. The Divisional Court accepted

this submission and quashed the directions. The Court found at p. 70 that Montfort's designation under the F.L.S.A. gave the francophone community a legislatively recognized right to receive health services in "a truly francophone environment," a right that included the facilities necessary for the education and training of health care professionals in French. The essence of the Divisional Court's decision is found in its conclusion at pp. 83-84 as follows:

Directions which replace a wide variety of truly francophone medical services and training at Montfort with services and training elsewhere in a bilingual setting - however well those bilingual facilities may appear to work in any given case - fail to conform to the principle underlying our constitution which calls for the protection of francophone minority rights. This is the flaw in the Commission's deliberations and in the directions emanating from them.

.....

Given the constitutional mandate for the protection and respect of minority rights - an "independent principle underlying our constitution", a "powerful normative force"- it was not open to the Commission to proceed on a "restructured health services" mandate only, and to ignore the broader institutional role played by Hôpital Montfort as a truly francophone centre, necessary to promote and enhance the Franco-Ontarian identity as a cultural/linguistic minority in Ontario, and to protect that culture from assimilation. We find this is what the Commission did. Accordingly, its directions cannot stand.

Ontario appeals this portion of the judgment.

IV Issues

56 Ontario submits that the Divisional Court erred in making certain crucial factual findings. Ontario also contends that the Divisional Court erred in law in finding that the status of Montfort was constitutionally protected. Montfort cross-appeals the dismissal of the claim that the Commission's directions violate s. 15 of the *Charter* and urges this court to adopt the reasoning of the Divisional Court with respect to the unwritten principles of the Constitution. Montfort and the interveners also rely on s. 16(3) of the *Charter* and on the F.L.S.A.

57 The issues may be summarized as follows:

- (1) Did the Divisional Court err in its factual findings?
- (2) Does s. 16(3) of the *Charter* protect the status of Montfort as a francophone institution?
- (3) Do the Commission's directions infringe s. 15 of the *Charter*?

- (4) What is the relevance to Montfort of the unwritten constitutional principle of respect for and protection of minorities?
- (5) Do the Commission's directions violate the *French Language Services Act*?
- (6) Are the Commission's directions reviewable pursuant to the unwritten constitutional principle of respect for and protection of minorities?

V Analysis

Part I: Factual Issues

Issue 1: Did the Divisional Court err in its factual findings?

58 Ontario argues that the Divisional Court erred in making certain crucial factual findings. We note at the outset that Montfort successfully moved to strike from the notice of appeal certain grounds of appeal related to the Divisional Court's factual findings. However, in making that order, Charron J.A. noted in her endorsement that "the extent to which [the remaining grounds of appeal] . . . require a consideration of the evidentiary basis will be a matter for the panel to determine." Appellate courts are often required to consider legislative or social facts which form the basis for constitutional arguments: see *RJR-Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 S.C.R. 199 (S.C.C.), at 286-289, per La Forest J. Accordingly, we are prepared to consider Ontario's argument that there is an insufficient basis for the conclusion reached by the Divisional Court.

(a) Reduction in Availability of Health Care Services in French

59 Ontario submits that the Commission's directions ensured that those health care services that would no longer be available at Montfort would continue to be available in French at other health care institutions in the region. These institutions were either designated as bilingual or ordered to become bilingual. This issue can be disposed of summarily.

60 Montfort is the only hospital in Ontario that can guarantee continuous access to a broad range of primary and secondary health care services in French. Other health care institutions in the Ottawa-Carleton region cannot do so. While the Ottawa General is designated under the F.L.S.A., the Ottawa Civic, with which it is merged, is only partially designated. The Commission ordered the amalgamated hospital to attain designation under the F.L.S.A. The Heart Institute, now part of the merged Ottawa Hospital and to which the Commission ordered Montfort's cardiology programs transferred, does not have any designation under the F.L.S.A. It too was ordered to attain designation. Even at the Ottawa General, a designated centre under the F.L.S.A., health care services are not available in French on a full-time basis in all areas. The Commission's August 1997 report acknowledged

that the quality of services in French offered by designated health care providers other than Montfort varied dramatically despite the fact of designation under the F.L.S.A.

61 Ontario's submission that health care services to the francophone population would not be reduced by the implementation of the Commission's directions ignores reality. Ontario submitted that the situation would gradually improve with the implementation of the Commission's directions to the transferee health care providers and that patience was required. Good intentions are not a substitution for fact. Four years after the Commission's recommendations, the health care providers directed by the Commission to become designated as offering bilingual services have not yet achieved that designation and may never do so.

62 The Divisional Court's finding that the Commission's directions for restructuring Montfort would reduce the availability of health care services in French to the francophone population in the Ottawa-Carleton region cannot be disturbed. Further, the evidence also establishes that Montfort offers significant services outside the Ottawa-Carleton region to the outlying francophone rural communities of eastern Ontario for whom it is the closest major hospital. The ability of these communities to receive the present range of health care services in French would also be adversely affected if the Commission's directives were implemented.

(b) The Training of Health Care Professionals Would Be Jeopardized

63 The second factual finding of the Divisional Court challenged by Ontario is that Montfort's role as the only centre in Ontario that trains health care professionals to serve people in French would be jeopardized by the Commission's directions. The Divisional Court stated at pp. 60-61 of its reasons:

For many years now, Montfort has educated health care professionals in many different fields. An M.D. program was established in association with the University of Ottawa. More recently, a specialist program in family medicine was put in place. Montfort now offers the only French language family medicine residency outside the province of Quebec. The program has received high praise from the Accreditation team Residency Program in Family Medicine . . . We find that such a totally French program, which is invaluable in assuring that the francophone population is adequately served in the French language, will face insurmountable obstacles in a bilingual institution.

64 This finding is supported by several sources. Two of them are Dean Walker, the Dean of the Faculty of Medicine at the University of Ottawa, and the Restructuring Coordination Task Force for Ottawa-Carleton. They are concerned that the Commission's directions removing emergency services, inpatient surgical activity and the acute care beds needed to support these services mean that Montfort will no longer be able to offer many of the rotations required for family medicine residency. Dr. Frenette, the expert from the Faculty

of Medicine at the University of Laval consulted by the Restructuring Coordination Task Force, estimated (supported by Dean Walker) that 50 acute care beds were required for a sufficient educational exposure to common primary and secondary diagnoses. Without a sufficient number of acute care beds, other health care professionals would no longer be interested in being trained in French at Montfort because there would not be a large enough clientele to attract their services.

65 Ontario presented evidence from Dr. Ruth Wilson, Head of the Department of Family Medicine at Queen's University, that reconfiguration of Montfort in accordance with the Commission's directions would enable Montfort to continue to provide an appropriate setting for training family medicine residents. Dr. Nick Busing, the Chair of the Department of Family Medicine at the University of Ottawa, filed an affidavit in response disagreeing.

66 Ontario submits that the Divisional Court misconstrued Dr. Wilson's evidence. Dr. Wilson was of the opinion that, with proper monitoring, Montfort would continue to provide an appropriate setting for family medicine residents to complete the same number of rotations they currently do, namely, six of seven. The Divisional Court indicated it was aware of her opinion that the training program would continue to function as before. The Court, however, stated at p. 64 that "she [Dr. Wilson] was concerned about the removal of services and conceded that whether there would be a sufficient variety of conditions and of patients was a matter that would have to be monitored." This sentence is in reference to the fact that Dr. Wilson's opinion was qualified by the words "with proper monitoring." The impugned sentence does not indicate that the Divisional Court misconstrued her evidence but only that her evidence was given with a qualification that, in the Court's opinion, was a very important one.

67 The Divisional Court was entitled to prefer the evidence submitted by the respondents over that put forward by Ontario. We do not agree that, in doing so, the Court placed undue emphasis on speculative, as opposed to demonstrable, concerns. Indeed, the Commission's August 1997 report provides further support for the Divisional Court's finding. It will be recalled that in that report, the Commission noted that medical residents and other professionals would "also require training in other designated facilities" in addition to the primary care environment at Montfort. The Commission itself recognized that Montfort would no longer be able to fulfill its function of training health care professionals in the French language because it would no longer operate as a community hospital offering secondary services. Outside of Montfort, clinical training is only offered in English. The Commission left it to the University and the Academic Coordinating Body, with input from the French Language Health Services Network, to resolve the problem. In other words, there would be a void unless these bodies could come up with a solution themselves.

68 The Divisional Court's finding that implementation of the Commission's directions would jeopardize the entire program of training doctors in French, as well as the training of many other health care professionals, is amply supported by the evidence.

(c) Montfort's Broader Institutional Role

69 The Divisional Court held at p. 76 that the fact that adequate, existing health services and medical training in a truly francophone environment would be taken away would have "a significant negative impact on the continuing vitality of that community, its language and its culture." In coming to its conclusion, the Court relied on the evidence of Drs. Raymond Breton and Roger Bernard, two sociologists with expertise in social trends affecting the existence and viability of minority communities. Their evidence was that, although hospitals are not institutions of the most important order to a culture, they are nevertheless "very important in the network of institutions of a minority culture" and serve as a means of expressing and affirming cultural identity. Ontario called no evidence in this regard.

70 Ontario submits that hospitals are not institutions that prevent assimilation because people do not frequent them regularly for lengthy intervals. Ontario submits that the experts' analyses of Montfort's broader institutional role is abstract, highly speculative, not firmly rooted in fact, and inextricably linked to the language of politics. As a result, Ontario submits that the court erred in accepting their opinions.

71 In our opinion, the Divisional Court did not err in its consideration or appreciation of the evidence of Drs. Breton and Bernard. We agree that Montfort has a broader institutional role than the provision of health care services. Apart from fulfilling the additional practical function of medical training, Montfort's larger institutional role includes maintaining the French language, transmitting francophone culture, and fostering solidarity in the Franco-Ontarian minority.

72 Ontario argues that the Commission did in fact take into consideration Montfort's larger institutional role in issuing its directions and that this was all the Commission was obliged to do. We have already referred to the letter written by Dr. Sinclair, the president of the Commission, dated February 22, 1999, and addressed to Ms de Courville Nicol, the president of the board of directors of Montfort. The Divisional Court relied on that letter at p. 75 of its reasons, stating:

In that letter, Dr. Sinclair admitted the Commission had not addressed the question of the necessity for homogeneous institutions for a linguistic minority. He took the position that such a question fell outside the mandate of the Commission . . .

We agree that this is the effect of Dr. Sinclair's letter.

73 Dr. Sinclair was correct that the Commission's mandate made no mention of Montfort's institutional role (an important part of which comprised training for health care providers in the French language). The Commission was, however, specifically mandated to have regard to District Health Council reports. These reports were sensitive to the importance of Montfort as an institution and recommended that Montfort continue to function as a community hospital. The Commission's original directions in February 1997 completely disregarded the Ottawa-Carleton District Health Council's recommendations with respect to Montfort. The Commission's subsequent report and directions reflect an attempt to create a patchwork solution in response to further submissions from the Ottawa-Carleton and Eastern District Health Councils. No reasons were ever given by the Commission for refusing to follow the recommendations of the District Health Councils.

74 As we have indicated at the outset of these reasons, the Commission also had the authority, incorporated by reference to the relevant sections under the *Public Hospitals Act*, to issue any direction relating to a public hospital it considered to be in the public interest. The preservation and promotion of the French language in regard to community health care by the only francophone institution performing this role was part of the public interest to which the Commission ought to have had regard. The Commission should also have had regard to the public interest raised by the fact that Montfort's institutional role had province-wide implications that went beyond the local health care concerns of Ottawa-Carleton.

75 The Divisional Court did not err in its finding of fact concerning the importance of the broader institutional role played by Montfort and the adverse impact of the Commission's directions on that role. The Commission appears to have been unaware of Montfort's broader institutional role when it issued its first report, particularly its teaching role; and, as we have noted, the Commission took a limited view of its mandate throughout.

76 Accordingly, we would dismiss Ontario's challenge to the three findings of fact made by the Divisional Court.

Part II: Legal Issues

Language Rights: The Constitution Act, 1867 and the Canadian Charter of Rights and Freedoms

77 The *Constitution Act, 1867* contains specific language rights, as does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Constitution's specific language rights are not directly at issue in this appeal. They do, however, form the background against which Montfort's claims must be assessed. Our discussion of the issues we are called to decide will be facilitated by a brief consideration of these provisions.

The Constitution Act, 1867

78 Section 133 of the *Constitution Act, 1867*, guarantees the right to use both English and French in the Parliament of Canada and in Quebec's Legislature, as well as in the courts of both Quebec and Canada.

79 The *Constitution Act, 1867* affirms the protection of minorities by including, as the Supreme Court of Canada explained in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (S.C.C.) ("Secession Reference"), at 242, guarantees to protect French language and culture, both directly (by making French an official language in Quebec and Canada as a whole) and indirectly (by allocating jurisdiction over education and "Property and Civil Rights in the Province" to the provinces).

80 The *Constitution Act, 1867* also contains in s. 93 important education guarantees for the Catholic minority in Ontario and the Protestant minority in Québec, guarantees that were replicated for religious minorities in several provinces that joined Confederation after 1867.

81 The protections accorded linguistic and religious minorities are an essential feature of the original 1867 Constitution without which Confederation would not have occurred. In *Re Regulation & Control of Aeronautics in Canada* (1931), [1932] A.C. 54 (Canada P.C.), at 70 (a passage quoted by the Supreme Court of Canada in *Reference re Legislative Authority of Parliament of Canada* (1979), [1980] 1 S.C.R. 54 (S.C.C.), at 71), Lord Sankey L.C. observed:

[I]t is important to keep in mind that the preservation of the rights of minorities was a condition on which such minorities entered into the federation, and the foundation upon which the whole structure was subsequently erected.

82 The Supreme Court of Canada explained in the *Secession Reference*, *supra*, at p. 261, that the protection of religious minorities and the fear of assimilation was a central concern in the Confederation bargain:

[T]he protection of minority religious education rights was a central consideration in the negotiations leading to Confederation. In the absence of such protection, it was felt that the minorities in what was then Canada East and Canada West would be submerged and assimilated.

83 Similarly, in *Reference re Roman Catholic Separate High Schools Funding*, [1987] 1 S.C.R. 1148 (S.C.C.), at 1173-1174, Wilson J. observed that the protection of religious minorities was a "major preoccupation" at the time of Confederation and the rights accorded to protect these minorities from hostile majorities, in the words of Duff J. in *Reference re*

Adoption Act (Ontario), [1938] S.C.R. 398 (S.C.C.), at 402, comprised "the basic compact of Confederation."

84 While the text of the *Constitution Act, 1867* focused on religious minorities, the minority Catholic community in Ontario at that time was, to a significant extent, also the minority francophone community and linguistic and denominational characteristics were typically twinned. As Gonthier J. observed in *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique, 1988 (Québec)*, [1993] 2 S.C.R. 511 (S.C.C.), at 529-530:

Section 93 is unanimously recognized as the expression of a desire for political compromise. It served to moderate religious conflicts which threatened the birth of the Union. At the time, disagreements between communities hinged on religion rather than language.

85 Fifty years after Confederation, in a highly controversial decision, the Privy Council held that s. 93 was limited to denominational protection and included no minority language protection: *Mackell v. Ottawa Roman Catholic Separate School Board* (1916), [1917] A.C. 62 (Ontario P.C.). The historic grievance of the linguistic minority in relation to the language of education was finally addressed in 1982 by s. 23 of the *Charter*, discussed below.

86 It should be mentioned as well that certain features of the *Constitution Act, 1867* for the protection of minorities may have fallen into disuse, but they still may be taken as expressions of the fundamental constitutional importance attached to the protection of the French and Catholic minority outside Quebec. Linguistic and religious minorities were exposed to the risk that their interests might be ignored at the provincial level, but there is little doubt that it was implicit in the Confederation bargain that they could look to the federal government for constitutional protection. In the case of diminution of religious education rights by a provincial government, s. 93(3) gave the adherents of the religious minority a right of appeal to the federal cabinet, and by s. 93(4), Parliament had the right to enact remedial legislation. The federal power of disallowance (ss. 55-57, 90) was available where the legitimate interests of those minorities were imperiled by provincial action.

The Canadian Charter of Rights and Freedoms

87 Language rights were significantly expanded with the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in 1982. Section 16(1) of the *Charter* proclaimed English and French to be the official languages of Canada with equality of status and equal rights of use "in all institutions of the Parliament and government of Canada." The same status and rights are also accorded to English and French in New Brunswick. Section 16.1, added by amendment in 1993, guarantees the equal status, rights, and privileges of the English and French linguistic communities of New Brunswick. The right to use English or French in Parliament and in the legislature of New Brunswick is conferred by s. 17 and provision is

made for the publication of the statutes, records and journals of those bodies in s. 18. The right to use English or French in any court established by Parliament and in the courts of New Brunswick is guaranteed by s. 19. The right to communicate with and receive available services from the governments of Canada and New Brunswick in either official language is detailed in s. 20.

88 Section 21 states that the specific rights in ss. 16 to 20 do not derogate from any provision that exists elsewhere in the Constitution of Canada pertaining to the use of English or French. Section 22 protects customary rights and privileges enjoyed before or after the coming into force of the *Charter* with respect to any language other than English or French. Section 23 guarantees the general right of primary or secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province, including Ontario, under certain conditions.

89 The *Charter* contemplates the advancement of the equality of status of English and French not only by Parliament but also by the provincial legislatures:

16(3) Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature to advance the equality of status or use of English and French.

Section 16(3) applies to Ontario.

Issue 2: Does s. 16(3) of the Charter protect the status of Montfort as a francophone institution?

90 Montfort adopts an argument based on s. 16(3) of the *Charter* advanced by two of the interveners, the Commissioner of Official Languages of Canada and La Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada. They submit that once the province established Montfort as a homogeneous francophone institution, s. 16(3) provided a constitutional shield, limiting the right of Ontario to affect or reduce that status. Section 16(3) embodies the constitutional objective of advancing toward the substantive equality of Canada's two official languages. This objective, it is submitted, is to be achieved by means of a "ratchet" principle. It is argued that once Ontario takes a step in the direction of advancing the substantive equality of French, s. 16(3) "ratchets" that step to the level of a constitutional right, limiting any retreat from that advance. Although not constitutionally required, provincial measures advancing linguistic equality are responsive to a constitutional aspiration. Once taken, steps towards substantive linguistic equality gain constitutional protection, and advances can only be withdrawn if properly justified. It is submitted that this interpretation of s. 16(3) is supported by the principle, elaborated below, that language rights are to be given a large and liberal interpretation. Reliance is also placed upon the unwritten constitutional principle of respect for and protection of minorities as an interpretive aid.

91 The respondents particularly rely on the following passage from the dissenting judgment of Wilson J. in *Assn. of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch v. Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 549 (S.C.C.), at 618-619:

In my view, the difficulty in characterizing s. 16 of the *Charter* stems in large part from the problems of construction inherent in s. 16(1). I would read the opening statement "English and French are the official languages of Canada" as declaratory and the balance of the section as identifying the main consequence in the federal context of the official status which has been declared, namely that the two languages have equality of status and have the same rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada. Subsection (3) of s. 16 makes it clear, however, that these consequences represent the goal rather than the present reality; they are something that has to be "advanced" by Parliament and the legislatures. This would seem to be in the spirit of *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182, namely that legislatures cannot derogate from already declared rights but they may add to them. Provided their legislation "advances" the cause of equality of status of the two official languages it will survive judicial scrutiny; otherwise not. I do not believe, however, that any falling short of the goal at any given point of time necessarily gives a right to relief. I agree with those who see a principle of growth or development in s. 16, a progression towards an ultimate goal. Accordingly the question, in my view, will always be - where are we currently on the road to bilingualism and is the impugned conduct in keeping with that stage of development? If it is, then even if it does not represent full equality of status and equal rights of usage, it will not be contrary to the spirit of s. 16.

92 We are not persuaded that s. 16(3) includes a "ratchet" principle that clothes measures taken to advance linguistic equality with constitutional protection. Section 16(3) builds on the principle established in *Jones v. Canada (Attorney General)* (1974), [1975] 2 S.C.R. 182 (S.C.C.), that the Constitution's language guarantees are a "floor" and not a "ceiling" and reflects an aspirational element of advancement toward substantive equality. The aspirational element of s. 16(3) is not without significance when it comes to interpreting legislation. However, it seems to us undeniable that the effect of this provision is to *protect*, not *constitutionalize*, measures to advance linguistic equality. The operative legal effect of s. 16(3) is determined and limited by its opening words: "Nothing in this *Charter* limits the authority of Parliament or a legislature." Section 16(3) is not a rights-conferring provision. It is, rather, a provision designed to shield from attack government action that would otherwise contravene s. 15 or exceed legislative authority. See André Tremblay and Michel Bastarache, "Language Rights" in Gérald-A. Beaudoin & Ed Ratushny eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. (1989), at 675:

What was actually desired with this provision [s. 16(3)] was to assure that the power to provide a privileged status for French and English in a statute could not be challenged by virtue of the rights forbidding discrimination contained in section 15 of the Charter. Section 16(3) could thus prevent the measures designed to promote equal access to both official languages from being struck down.

93 Nor do we find any support for the "ratchet" principle in the case law. The passage relied on from *Société des Acadiens* is found in a dissenting judgment that focuses on s. 19(2) and the specific obligations that ss. 16-20 of the *Charter* impose on New Brunswick.

94 This argument is made on the assumption that government was under no obligation to create Montfort. This court has held in another context that in the absence of a constitutional right that requires the government to act in the first place, there can be no constitutional right to the continuation of measures voluntarily taken, even where those measures accord with or enhance *Charter* values. In *Ferrell v. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97 (Ont. C.A.), a case dealing with the repeal of a statute intended to combat systemic discrimination in employment, Morden A.C.J.O. stated as follows at 110-111:

If there is no constitutional obligation to enact the 1993 Act in the first place I think it is implicit, as far as the requirements of the constitution are concerned, that the legislature is free to return the state of the statute book to what it was before the 1993 Act, without being obligated to justify the repealing statute under s. 1 of the *Charter*.

.....

It would be ironic, in my view, if legislative initiatives such as the 1993 Act with its costs and administrative structure should, once enacted, become frozen into provincial law and susceptible only of augmentation and immune from curtailing amendment or outright appeal without s. 1 justification.

95 To summarize, Montfort is a public hospital that provides services in French. Section 16(3) of the *Charter* does not constitutionally enshrine Montfort because it is not a rights-conferring provision. Because Montfort is not constitutionally protected by s. 16(3), Ontario can, subject to what follows, alter the status of Montfort as a community hospital without offending s. 16(3).

Issue 3: Do the Commission's directions infringe s. 15 of the Charter?

96 Montfort cross-appeals the Divisional Court's dismissal of the claim that the Commission's directions violate their equality rights protected by s. 15 of the *Charter*. This issue was not pressed in oral argument, but is fully developed in Montfort's factum. In our view, the Divisional Court was correct in rejecting this submission on the ground, at p. 79, that "s. 15 of the *Charter* may not be used as a back door to enhance language rights beyond

what is specifically provided for elsewhere in the *Charter*." Assuming, without deciding, that the respondents otherwise satisfy the test for a violation of s. 15, we agree with the Divisional Court that, in view of the very specific and detailed provisions of ss. 16-23 of the *Charter* dealing with the special status of English and French, any differential treatment to francophones resulting from the Commission's directions is not based upon an enumerated or analogous ground. As the Divisional Court stated at p. 80: "Section 15 itself . . . cannot be invoked to supplement language rights which the *Charter* has not expressly conferred."

97 The argument advanced by the respondents has been consistently rejected in other cases: see *Baie d'Urfé (Ville) c. Québec (Procureur général)*, [2001] J.Q. No. 4821 (Que. C.A.). In the instant case, the Divisional Court referred to *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342 (S.C.C.), at 369, where Dickson C.J.C. stated:

[I]t would be totally incongruous to invoke in aid of the interpretation of a provision which grants special rights to a select group of individuals, the principle of equality intended to be universally applicable to" every individual".

98 In *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296 (S.C.C.), at 1334, the Supreme Court of Canada rejected the reasoning underlying *Reference re Use of French in Criminal Proceedings in the Courts of Saskatchewan* (1987), 44 D.L.R. (4th) 16 (Sask. C.A.), a case on which the respondents rely.

99 Other provincial courts of appeal have rejected attempts to use s. 15 as a basis for expanding language rights. In *McDonnell v. Fédération des Franco-colombiens* (1986), 31 D.L.R. (4th) 296 (B.C. C.A.), the British Columbia Court of Appeal held that, having regard to the specific rights conferred by ss. 16 to 22 of the *Charter*, s. 15 did not invalidate a provincial rule of court requiring documents to be filed in English. In *R. v. Paquette* (1987), 83 A.R. 41 (Alta. C.A.), at 51, the Alberta Court of Appeal rejected the contention that the failure to accord a trial in French infringed s. 15:

That argument elevates official language rights into a position of equality in all cases. There would be no need for ss. 16 to 23 of the *Charter*. The argument makes the official languages sections redundant, as s. 15 would transform the use of one official language into the use of both. The discrimination is not based on language and the official languages are simply not accorded equality of status by the *Charter*.

100 To the same effect is the judgment of the Newfoundland Court of Appeal in *Ringuette v. Canada (Attorney General)* (1987), 63 Nfld. & P.E.I.R. 126 (Nfld. C.A.).

101 It has been held in other contexts that where the Constitution accords special rights to special groups, those specific guarantees must be respected and other *Charter* rights cannot be used to expand or diminish the rights so granted. In *Reference re Roman Catholic*

Separate High Schools Funding, *supra*, Wilson J. stated at pp. 1196-1197 that, although the special minority religion education rights conferred by s. 93 of the *Constitution Act, 1867* "sit uncomfortably with the concept of equality embodied in the *Charter*," s. 15 can be used neither to nullify the specific rights of the protected group nor to extend those rights to other religious groups. This position was affirmed in *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609 (S.C.C.). There, the Court dismissed a claim for funding health services for religious schools falling outside the ambit of s. 93 based on the guarantee of freedom of religion in s. 2(a) and on the right to equality in s. 15.

102 Accordingly, we would dismiss Montfort's cross-appeal from the dismissal of the s. 15 claim.

Issue 4: What is the relevance to Montfort of the unwritten constitutional principle of respect for and protection of minorities?

103 The most definitive and complete consideration of the unwritten or structural principles, and the authority most pertinent to the respondents' submissions before this court, is the Supreme Court of Canada's 1998 decision in the *Secession Reference*, *supra*. There, at p. 240, the Supreme Court affirmed the existence of unwritten constitutional rules "not expressly dealt with by the text of the Constitution" but which nonetheless have normative force as operative instruments of our constitutional order. The Court identified at p. 240 "four fundamental and organizing principles of the Constitution" that bear upon the question of the possibility of provincial secession, namely, federalism, democracy, constitutionalism and the rule of law, and respect for minorities.

104 These unwritten principles, said the Court at p. 247, "inform and sustain the constitutional text: they are the vital unstated assumptions upon which the text is based." The Court held at p. 248 that the unwritten principles represent the Constitution's "internal architecture" and "infuse our Constitution and breathe life into it." Further, "[t]he principles dictate major elements of the architecture of the Constitution itself and are as such its lifeblood."

Federalism

105 Federalism, the division of legislative power between the Parliament of Canada and the provincial legislatures, reflects a fundamental fact of Canada's constitutional and political structure. As the Court stated at p. 251, "federalism is a political and legal response to underlying social and political realities." Canada is a country with a rich geographic, cultural, and political diversity. Federalism represents the constitutional definition of those aspects of our political life that unite us while preserving appropriate scope to accommodate and to enhance the heterogeneous social, cultural, and economic realities of the diverse and distinctive provincial communities that make up our nation. Federalism is, as the Supreme

Court of Canada explained in the *Secession Reference* at p. 244, "a legal response to the underlying political and cultural realities that existed at Confederation and continue to exist today." At p. 245 the Court added: "Federalism was the political mechanism by which diversity could be reconciled with unity."

106 The federalism principle has an important bearing on the situation of cultural and linguistic minorities. The reality of the distinctive language and culture of the French speaking majority of Quebec was unquestionably a principal and defining feature of the Canadian union of 1867 as it required the adoption of a federal structure in the first place. As the Court explained in the *Secession Reference* at p. 252: "The federal structure adopted at Confederation enabled French-speaking Canadians to form a numerical majority in the province of Quebec, and so exercise the considerable provincial powers conferred by the *Constitution Act, 1867* in such a way as to promote their language and culture."

Democracy

107 Democracy, as the Supreme Court said in the *Secession Reference* at p. 252, is "a fundamental value in our constitutional law and political culture" and, at p. 253, a "baseline against which the framers of our Constitution, and subsequently, our elected representatives under it, have always operated." Although not mentioned in the text of the *Constitution Act, 1867*, democracy has always been a fundamental feature of our constitutional structure. In relation to minorities, democracy means more than simple majority rule. As Iacobucci J. explained in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 (S.C.C.), at 577:

[T]he concept of democracy means more than majority rule In my view, a democracy requires that legislators take into account the interests of majorities and minorities alike, all of whom will be affected by the decisions they make. Where the interests of a minority have been denied consideration, especially where that group has historically been the target of prejudice and discrimination, I believe that judicial intervention is warranted

Constitutionalism and the Rule of Law

108 Constitutionalism and the rule of law are cornerstones of the Constitution and reflect our country's commitment to an orderly and civil society in which all are bound by the enduring rules, principles, and values of our Constitution as the supreme source of law and authority. In the *Secession Reference*, at p. 258, the Supreme Court outlined three essential elements of the rule of law. First, the law is supreme over both governments and private persons: "[t]here is . . . one law for all." Second, the creation and maintenance of a positive legal order is the normative basis for civil society. The third feature is that the exercise of public power must be based on a legal rule that governs the relationship between the state and the individual.

109 In *Reference re Language Rights Under s. 23 of Manitoba Act, 1870 & s. 133 of Constitution Act, 1867*, [1985] 1 S.C.R. 721 (S.C.C.), the Supreme Court identified the rule of law as an operative constitutional principle. The Court held at p. 752 that "in the process of Constitutional adjudication, the Court may have regard to unwritten postulates which form the very foundation of the Constitution of Canada." There, the Court found that the province's failure to comply with s. 23 of the *Manitoba Act* and enact its laws in both English and French rendered legislation enacted since 1890 invalid. Relying on the fundamental principle of the rule of law, the Court adopted a temporary suspension of its declaration of invalidity to avoid a state of legal chaos.

110 The related principle of constitutionalism rests on the proposition that the Constitution is the supreme source of law and that all government action must comply with its requirements. Constitutionalism qualifies majority rule and, like federalism, has an important bearing on minorities. As the Court explained in the *Secession Reference* at p. 259, the constitutional entrenchment of rights protects these rights against the will of the majority and ensures that they are given due regard and protection. A constitution may, the Court explained at p. 259, "seek to ensure that vulnerable minority groups are endowed with the institutions and rights necessary to maintain and promote their identities against the assimilative pressures of the majority."

Respect for and Protection of Minorities

111 Finally, in the *Secession Reference* the Court spoke of the principle of "respect for minorities" or "protection of minorities." In these reasons, we refer to this principle as "respect for and protection of minorities." The principle of respect for and protection of minorities was described as follows at p. 262:

The concern of our courts and governments to protect minorities has been prominent in recent years, particularly following the enactment of the *Charter*. Undoubtedly, one of the key considerations motivating the enactment of the *Charter*, and the process of constitutional judicial review that it entails, is the protection of minorities. However, it should not be forgotten that the protection of minority rights had a long history before the enactment of the *Charter*. Indeed, the protection of minority rights was clearly an essential consideration in the design of our constitutional structure even at the time of Confederation. Although Canada's record of upholding the rights of minorities is not a spotless one, that goal is one towards which Canadians have been striving since Confederation, and the process has not been without successes. The principle of protecting minority rights continues to exercise influence in the operation and interpretation of our Constitution. [References omitted.]

112 The protection of linguistic minorities is essential to our country. Dickson J. captured the spirit of the place of language rights in the Constitution in *Société des Acadiens, supra*, at p. 564:" Linguistic duality has been a longstanding concern in our nation. Canada is a country with both French and English solidly embedded in its history." As stated by La Forest J. in *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234 (S.C.C.), at 269," rights regarding the English and French languages . . . are basic to the continued viability of the nation."

113 As we have already mentioned, the *Charter* enhanced language rights. The entrenched guarantee of equality in s. 15 and the provisions requiring the respect and protection of aboriginal rights enhanced the protection of the rights of other minorities and the right to be free from discrimination. As the Supreme Court of Canada explained in the *Secession Reference* at p. 269, "There are linguistic and cultural minorities, including aboriginal peoples, unevenly distributed across the country who look to the Constitution of Canada for the protection of their rights."

114 The principle of respect for and protection of minorities is a fundamental structural feature of the Canadian Constitution that both explains and transcends the minority rights that are specifically guaranteed in the constitutional text. This is an area where, as the Supreme Court of Canada explained in the *Secession Reference* at p. 292, "[a] superficial reading of selected provisions of the written constitutional enactment, without more, may be misleading." This structural feature of the Constitution is reflected not only in the specific guarantees in favour of minorities. It infuses the entire text and, as we have explained, plays a vital role in shaping the content and contours of the Constitution's other structural features: federalism, constitutionalism and the rule of law, and democracy.

The Application of the Principle to Montfort

115 This appeal calls for careful consideration of the appropriate weight, value, and effect to be accorded to the respect for and protection of minorities as one of the fundamental principles of our Constitution. Ontario submits that, in the face of the very specific and detailed minority language guarantees in the text of the Constitution, the Divisional Court erred by in effect adding to the list of protected rights. The text of the Constitution's specific language rights gives the Franco-Ontarian minority no right to a French language hospital and, says the appellant, the courts have no role in adding to the list of protected rights. The respondents submit, on the other hand, that the absence of a specific right in the text of the Constitution is not fatal to their case. They say that in view of the importance of Montfort as a cultural, social, and educational institution in the Franco-Ontarian minority's struggle for survival, the Constitution's fundamental principle of respect for and protection of minorities properly may be invoked as a basis for reviewing the legality of the Commission's directions.

116 The unwritten principles of the Constitution do have normative force. In *R. v. Campbell*, [1997] 3 S.C.R. 3 (S.C.C.) ("*Provincial Judges Reference*"), at 75, Lamer C.J.C. made it clear that, in his view, the preamble to the Constitution "invites the courts to turn those principles into the premises of a constitutional argument that culminates in the filling of gaps in the express terms of the constitutional text." This point was reinforced in the *Secession Reference* at p. 249:

Underlying constitutional principles may in certain circumstances give rise to substantive legal obligations (have "full legal force", as we described it in the *Patriation Reference*, *supra* at p. 845), which constitute substantive limitations upon government action. These principles may give rise to very abstract and general obligations, or they may be more specific and precise in nature. The principles are not merely descriptive, but are also invested with powerful normative force, and are binding upon both courts and governments.

117 In the *Provincial Judges Reference*, the Court considered the "unwritten constitutional principle" of judicial independence. The Court held, at p. 67, that implicit in s. 11(d) of the *Charter*, which deals with the right to trial by "an independent and impartial tribunal," and ss. 96-100 of the *Constitution Act, 1867*, which deals with the appointment, tenure, and remuneration of superior court judges, is "a deeper set of *unwritten* understandings which are not found on the face of the document itself" [emphasis in original]. There are, the Court held, at p. 69, "organizing principles" that may be used "to fill out gaps in the express terms of the constitutional scheme" to ensure the protection of all of the necessary and essential attributes of this vital structural feature of the Constitution. The Court found, at p. 75, that the preamble to the *Constitution Act, 1867* "identifies the organizing principles of the *Constitution Act, 1867*, and invites the courts to turn those principles into the premises of a constitutional argument that culminates in the filling of gaps in the express terms of the constitutional text."

118 In his very helpful discussion of the unwritten or organizing principles of the Constitution, "References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution" (2001), 80 Can. Bar Rev. 67, at 83-86, Professor Robin Elliot draws an important distinction between the use of unwritten or structural principles "as independent bases upon which to impugn the validity of legislation" and their use "as aids to interpretation or otherwise to assist in the resolution of constitutional issues." Professor Elliot suggests that when used to impugn the validity of legislation or government action, the unwritten principles "*can fairly be said to be generated by necessary implication from the text of the Constitution*" [emphasis in original]. On this theory, when the organizing principles give rise to rights capable of impugning the validity of legislation, they *are* grounded in the text of the Constitution. Although not expressly stated by the Constitution's text, such rights are

immanent in the text when it is understood and interpreted in a proper and complete legal, historical, and political context. When used in this way, the unwritten or organizing principles allow the courts to unlock the full meaning of the Constitution and to flesh out its terms, as explained by Lamer C.J.C. in the *Provincial Judges Reference* at p. 69, even to the extent of allowing the courts "to fill out gaps in the express terms of the constitutional scheme."

119 Professor Patrick Monahan draws a similar distinction in "[The Public Policy Role of the Supreme Court of Canada and the Secession Reference](#)" (1999), 11 N.J.C.L. 65, at 75-77. He observes that when following the interpretive theory:

[T]he court should attempt to fill in that gap by adopting an interpretation that is most consistent with the underlying logic of the existing text, and then to rely upon that logic in order to "complete" the constitutional text.

120 This is to be contrasted with what Professor Monahan describes at p. 77 as an unacceptable conception of judges "as akin to constitutional drafters. On this view, the court should fill in the gap by relying upon its own conception as to the best or most appropriate set of constitutional norms that should be added to the existing text."

121 The unwritten principles of the Constitution do not confer on the judiciary a mandate to rewrite the Constitution's text. In the *Secession Reference* at p. 249, the Supreme Court confirmed that recognition of these unwritten structural principles:

could not be taken as an invitation to dispense with the written text of the Constitution. On the contrary . . . there are compelling reasons to insist upon the primacy of our written constitution. A written constitution promotes legal certainty and predictability, and it provides a foundation and a touchstone for the exercise of constitutional judicial review.

122 Similarly, in the *Provincial Judges Reference* at p. 68, the Court stated: "There are many important reasons for the preference for a written constitution over an unwritten one, not the least of which is the promotion of legal certainty and through it the legitimacy of constitutional judicial review." Again, in *Re Eurig Estate*, [1998] 2 S.C.R. 565 (S.C.C.), at 594, Binnie J. stated that "implicit principles can and should be used to expound the Constitution, but they cannot alter the thrust of its explicit text."

123 Against the background of these general principles we turn to the precise issue that confronts us in this appeal. As the Divisional Court observed, we are not concerned here with the validity of legislation that impinges upon the rights of a linguistic minority: compare *Baie d'Urfé (Ville) v. Québec*, *supra*. Nor are we confronted with a situation where a minority group is insisting on the establishment of an institution that is not already in existence. We are asked to review the validity of a discretionary decision with respect to the role and function

of an existing institution, made by a statutory authority with a mandate to act in the public interest.

124 In its submissions, Ontario has chosen to characterize the decision of the Divisional Court as recognizing or creating a specific constitutional right capable of impugning the validity of an act of the legislature or sufficient to require the province to act in some specific manner. We do not accept that as a proper or necessary reading of the judgment. The Divisional Court at pp. 83-84 quashed the Commission's directions on the ground that given the constitutional principle of respect for and protection of minorities, "it was not open to the Commission to proceed on a 'restructured health services' mandate only, and to ignore the broader institutional role played by . . . Montfort as a truly francophone centre, necessary to promote and enhance the Franco-Ontarian identity as a cultural/linguistic minority in Ontario, and to protect that culture from assimilation." The Divisional Court, at p. 68, explicitly recognized that "the constitutional validity or invalidity of a piece of legislation is not at issue." The Divisional Court added: "What is at issue is whether certain conduct of a government agency falls within the parameters of what is permitted by the Constitution . . . [T]here is a difference between the validity of legislation and the possibility of unconstitutional behaviour under legislation." We agree with the Divisional Court's characterization of the constitutional issue.

125 For the reasons that follow, we have concluded that the Constitution's structural principle of respect for and protection of minorities is a bedrock principle that has a direct bearing on the interpretation to be accorded the F.L.S.A. and on the legality of the Commission's directions affecting Montfort. This bedrock principle also informs our discussion below of the reviewability of the Commission's directions.

126 We proceed first to consider the F.L.S.A. and its application to the facts of the present case in light of the interpretive principles applicable to language rights and in light of the constitutional principle of respect for and protection of minorities. We then turn to the application of the unwritten principles to the exercise and review of discretionary decisions of statutory bodies with a statutory mandate to act in the public interest. As the conclusion we have reached on these two issues is sufficient to dispose of this appeal, it is not necessary for us to answer the more general question - whether the fundamental constitutional principle of respect for and protection of minorities gives rise to a specific constitutional right capable of impugning the validity of an act of the legislature or sufficient to require the province to act in some specific manner.

Issue 5: Do the Commission's directions violate the French Language Services Act?

127 The Divisional Court held at p. 70 that Montfort's designation as a public service agency under the F.L.S.A. meant that:

[T]he francophone community of Ontario had acquired a legislatively recognized entitlement to receive health services in a truly francophone environment at Hôpital Montfort, and an expectation that those services would be provided in at least the quality and extent offered by Montfort, including the existence of a training centre that guaranteed the instruction of medical professionals in French.

128 The interpretation of the F.L.S.A. is central to this appeal.

129 The F.L.S.A. is an example of the provincial legislature of Ontario using s. 16(3) to build on the language rights contained in the *Constitution Act, 1867* and the *Charter* to advance the equality of status or use of the French language. The aspirational element contained in s. 16(3) - advancing the French language toward substantive equality with the English language in Ontario- is of significance in interpreting the F.L.S.A.

130 In addition, the principle of respect for and protection of minority language rights is a useful tool not only in interpreting the F.L.S.A. but in assessing the validity of the Commission's directions in light of that legislation. Government action, as well as government legislation, is to be considered in light of constitutional principles, including the unwritten constitutional principles.

131 As the title of the F.L.S.A. indicates, the Act is about the right to receive services in the French language. The interpretive principles derived from the language-rights jurisprudence have a significant bearing on the approach to be adopted to the F.L.S.A. We shall now elaborate on these principles.

132 At one time, the Supreme Court of Canada adopted a restrictive approach to the interpretation of language rights. In *Société des Acadiens*, *supra*, at p. 578, Beetz J., writing for the majority, held that language rights, which were the result of "political compromise," should be approached with judicial restraint in contrast to human rights, which are "seminal in nature because they are rooted in principle." It is now clear, however, that this narrow and restrictive approach has been abandoned and that language rights are to be treated as fundamental human rights and accorded a generous interpretation by the courts.

133 In *Ford c. Québec (Procureur général)* [[1988] 2 S.C.R. 712 (S.C.C.)], *supra*, at 748, the Supreme Court rejected the contention that the specific language rights protected by the Constitution are exhaustive, leaving no room for the protection of the right to use one's language of choice as an aspect of freedom of expression. The Court quoted from its earlier decision in *Reference re Language Rights Under s. 23 of Manitoba Act, 1870 & s. 133 of Constitution Act, 1867*, [1985] 1 S.C.R. 721 (S.C.C.), at 744:

The importance of language rights is grounded in the essential role that language plays in human existence, development and dignity. It is through language that we are able to form concepts; to structure and order the world around us. Language bridges the gap between isolation and community, allowing humans to delineate the rights and duties they hold in respect of one another, and thus to live in society.

In *Ford*, the Court added at pp. 748-749:

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.

134 Similarly, in *Mahe*, *supra*, the Court adopted a generous purposive approach to the interpretation of minority language education rights guaranteed by s. 23 of the *Charter*. Writing for the Court, Dickson C.J.C., at p. 362, again referred to the cultural importance of language:

[A]ny broad guarantee of language rights, especially in the context of education, cannot be separated from a concern for the culture associated with the language. Language is more than a mere means of communication, it is part and parcel of the identity and culture of the people speaking it. It is the means by which individuals understand themselves and the world around them.

135 The Chief Justice made reference at p. 363 to the importance of schools as institutions that function as "community centres where the promotion and preservation of minority language culture can occur." With reference to the strictures imposed by the narrow approach taken in *Société des Acadiens*, Dickson C.J.C. observed at p. 365:

Both its genesis and its form are evidence of the unusual nature of s. 23. Section 23 confers upon a group a right which places positive obligations on government to alter or develop major institutional structures. Careful interpretation of such a section is wise: however, this does not mean that courts should not "breathe life" into the expressed purpose of the section, or avoid implementing the possibly novel remedies needed to achieve that purpose.

136 More recently, in *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768 (S.C.C.), at 791-792, the Supreme Court flatly rejected the narrow approach of *Société des Acadiens* and held that a purposive and generous interpretation of language rights was called for:

Language rights must *in all cases* be interpreted purposively, in a manner consistent with the preservation and development of official language communities in Canada. To the extent that *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick, supra*, at pp. 579-80, stands for a restrictive interpretation of language rights, it is to be rejected. The fear that a liberal interpretation of language rights will make provinces less willing to become involved in the geographical extension of those rights is inconsistent with the requirement that language rights be interpreted as a fundamental tool for the preservation and protection of official language communities where they do apply. [Emphasis in original, references omitted.]

137 We note that in *Beaulac*, the Court was interpreting language rights conferred by the provisions of the *Criminal Code*, and that the interpretive approach enunciated applies both to language rights conferred by ordinary legislation as well as to constitutional guarantees.

138 In *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3 (S.C.C.), at 24, the Supreme Court reaffirmed the proposition advanced in *Mahe* that "language rights cannot be separated from a concern for the culture associated with the language." The Court also reaffirmed the proposition from *Beaulac* that language rights must be given a purposive interpretation, taking into account the historical and social context, past injustices, and the importance of the rights and institutions to the minority language community affected.

139 As we have explained, the provisions of the F.L.S.A. must be interpreted in light of these principles.

140 In addition to the aspirational element of s. 16(3), the principle of respect for and protection of the francophone minority in Ontario, and the broad and purposive interpretation to be given to language rights, general principles of statutory interpretation also apply. Statutory interpretation cannot be founded on the wording of legislation alone. As articulated by McLachlin C.J.C. in *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45 (S.C.C.), at 74-75, the proper approach is found in Driedger's *Construction of Statutes*, 2nd ed. (1983), at 87, as follows:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The Context of the Act and Its Purpose

141 It was within the overall context of steady progression and advancement of services in French that the F.L.S.A. was introduced and passed in 1986.² In introducing the legislation

on May 1, 1986, the Honourable Bernard Grandmaître, the Minister for Francophone Affairs, stated (*Debates of the Legislative Assembly of Ontario*, pp. 203-204):

Our province has a special responsibility in this regard [to ensure that francophones receive services in their own language] because Ontario is home to the largest group of French-speaking Canadians outside Quebec. It is for that reason the government of Ontario intends to guarantee through legislation the rights of francophones to receive government services in French.

The various measures contained in this bill are inspired by the basic principles of justice and equality which we value so highly in this province. These are two fundamental principles on which our country has been built by the two founding peoples. The government of Ontario believes that it is now appropriate that this reality and this duality should be reflected in the operations of *all ministries*. (Emphasis added.)

142 This and other speeches made by members of the Legislature noted that the governments of Ontario had, over the years, changed their policy toward the French language. The Bill was the result of years of successive steps toward the goal of providing services to francophones in their own language. The Bill received the unanimous support of all three political parties represented in the Legislative Assembly, and amendments were proposed with a view to ensuring its protections would be met. For example, s. 8(1)(d) of the F.L.S.A., which provides that services could be exempted from being offered in French where, in the opinion of the Lieutenant Governor in Council, "it is reasonable and necessary to do so" had added to it the words "*and where the exemption does not derogate from the general purpose and intent of this Act*": see *Debates of the Legislative Assembly of Ontario*, November 6, 1986, at pp. 3202-3203.

143 The legislative history and the comments of the members of the legislature when the F.L.S.A. was enacted permit this court to draw a number of inferences and conclusions about the underlying purposes and objectives of the F.L.S.A. and the intention of the legislature enacting it. One of the underlying purposes and objectives of the Act was the protection of the minority francophone population in Ontario; another was the advancement of the French language and promotion of its equality with English. These purposes coincide with the underlying unwritten principles of the Constitution of Canada. As already stated, underlying constitutional principles may in certain circumstances give rise to substantive legal obligations because of their powerful normative force: *Provincial Judges Reference, supra*, at pp. 67-70, per Lamer C.J.C., and *Secession Reference, supra*, at pp. 249 and 290-291.

The Words and the Scheme of the Act

144 For ease of reference, the Act is attached as Schedule A to these reasons.

145 The preamble states that the Act is a statutory recognition of the cultural heritage of the French speaking population and a reflection of the Legislative Assembly's commitment to preserve that cultural heritage for future generations. While a preamble is not a source of positive law in contrast to the provisions that follow it, a preamble can contribute to the interpretation of a law: *Provincial Judges Reference*, at p. 69.

146 Here, the preamble states "it is desirable to *guarantee* the use of the French language in institutions of the . . . government of Ontario as provided for in this Act" [emphasis added]. One of those institutions is Montfort, a government agency under the Act.

147 Section 1 defines a government agency in part as a publicly subsidized non-profit corporation that provides service to the public and that is designated by regulation. That is Montfort. The word "service" is also defined in s. 1 as any service or procedure provided by a government agency and "includes all communications for the purpose."

148 Section 2 requires the Government of Ontario to ensure that services are provided in French in accordance with the Act. The F.L.S.A. does not impose a requirement of institutional bilingualism across the province. Instead, it provides a measured policy that varies with the circumstances. Thus, our decision is a contextual one. This is not a ruling about every hypothetical situation that might arise concerning minority French language rights in the province.

149 Section 5(1) of the Act gives a person the right "to communicate in French with, and to receive available services in French from, any head or central office of a government agency" and "the same right in respect of any other office of such agency . . . that is located in or serves an area designated in the Schedule." The right in s. 5 does not apply to all government agencies. It only applies to those institutions that are defined as a government agency in s. 1. Montfort receives public money and is designated under the Act. Montfort satisfies the definition of a government agency. Ottawa-Carleton is also a designated area in the Schedule. Thus, a person has the right to communicate in French with, and to receive available services from, Montfort and any "office" of Montfort. In order to understand the meaning of "available services" as used in s. 5, it will be helpful to provide an overview of the other provisions of the Act.

150 Section 6 gives some protection to existing practices with respect to the use of English or French outside the application of the Act. It provides that the Act cannot be used to limit the use of either language where the Act does not apply.

151 Section 7 makes the obligations of government agencies to provide services in French subject to "such limits as circumstances make reasonable and necessary" but requires first that "all reasonable measures and plans for compliance with this Act have been taken or made."

152 Section 8 gives the Lieutenant Governor in Council the power to make regulations (a) designating public service agencies; (b) amending the Schedule by adding designated areas to it; and (c) exempting services from the application of ss. 2 and 5 where, in its opinion, "it is reasonable and necessary to do so *and where the exemption does not derogate from the general purpose and intent of this Act*" [emphasis added].

153 Section 9 provides that the right to receive services in French from a designated agency may be limited in that designation may apply only to certain specified services, as opposed to all services, provided by the agency, or the agency may exclude certain of its services from designation. Montfort has not specified certain of its services for inclusion or exclusion. Thus, the designation applies to all of the services offered by Montfort.

154 Section 10 provides that where a regulation exempts a service, revokes the designation of a public service agency, or amends a regulation designating a public service agency so as to exclude or *remove a service* from the designation, at least 45 days' notice must first have been published in the *Ontario Gazette* and a newspaper of general circulation in Ontario inviting comments to be submitted to the Minister for Francophone Affairs. After the expiry of this period, the regulation may be made without further notice.

155 The implication of s. 10 is that when there is a change in the services offered by a government agency, a regulation will be passed. Before the regulation passes, 45 days' notice of the change must first be published in both the *Ontario Gazette* and a general circulation newspaper, inviting comment.

156 Section 11 provides that the Minister for Francophone Affairs is responsible for the administration of the Act, and his function is to develop and coordinate the policies and programs of the government.

157 Section 12(2) provides that the Office of Francophone Affairs may, *inter alia*, "recommend changes in the plans of government agencies for the provision of French language services" and "make recommendations in respect of an exemption or proposed exemption of services under clause 8(1)(c)."

158 Section 13 requires that a French language services coordinator be appointed for each ministry and that all the coordinators be part of a committee presided over by the Office of Francophone Affairs.

159 Ontario submits that designation as a government agency under the Act merely confers the right to receive the services provided by the designated agency at any given point in time. In support of its position, Ontario relies on the wording of s. 5: "A person has the right in accordance with this Act to communicate in French with, and to receive *available services* in

French from, any . . . government agency" [emphasis added]. Ontario submits that the Act only gives a person the right to receive whatever services Montfort offers. If Montfort offers ten services in French one year and two services in French the following year, that is all a person has the right to receive. Ontario's position is, further, that the F.L.S.A. requires that only services are to be provided in French, and "services" does not include the training of health care professionals in French.

160 We cannot accept this submission. In our opinion the words "available services" in s. 5 of the Act refer to available health care services at the time the agency is designated under the Act. The legislature has quite clearly manifested its intention in the preamble of the F.L.S.A. to "guarantee" the provision of services in French. Ontario's submission, if accepted, would result in seriously undermining the guarantee. Our interpretation is reinforced by the French version of the statute, which speaks only of "services" and not "available services." Our interpretation is also consistent with the objectives of the F.L.S.A, the aspirational element of s. 16(3) of the *Charter*, and the unwritten constitutional principle of respect for and protection of minorities.

161 Ontario's submission also fails to pay adequate attention to the overall scheme of the legislation. Montfort's designation does not apply only in respect of specified services. It applies in respect of all the health care services offered by Montfort at the time of designation. If Ontario's submission is correct, there would never be any need to pass an amending regulation under s. 8 or give notice under s. 10 to exempt or remove a service from the designation. In our opinion, before removing an existing service, such as cardiology, from Montfort's designation, it would have been necessary to pass a regulation because cardiology services were no longer going to be available in French not only at Montfort but elsewhere in the Ottawa-Carleton region. Of course, the requirement of s. 7 that circumstances make it "reasonable and necessary" to limit the provision of French language health care services would first have to be met.

162 The Commission appears to have attempted to frame its directions so as to make available equivalent health care services in French at other institutions. Language and culture are not, however, separate watertight compartments. The reality of the matter is, as found by the Divisional Court, that the Commission's directions would reduce the availability and accessibility of health care services in French, both directly in the Ottawa-Carleton region and eastern Ontario, and indirectly by imperiling the training of health care professionals, which would in turn increase the assimilation of Franco-Ontarians. Montfort's designation under the F.L.S.A. includes not only the right to health care services in French at the time of designation but also the right to whatever structure is necessary to ensure that those health care services are delivered in French. This would include the training of health care professionals in French. To give the legislation any other interpretation is to prefer a narrow,

literal, compartmentalized interpretation to one that recognizes and reflects the intent of the legislation.

163 It can hardly be said that the serious adverse effects of the Commission's directions are consistent with the purpose and objectives of the F.L.S.A. Nor do the directions accord with the government's criteria for designating an agency under the F.L.S.A. The four criteria are: (1) permanency and quality of services in French; (2) access to services in French; (3) francophone representation in the governance and management of the institution; and (4) accountability (H.S.R.C. August 1997 Report at p. 82). Designation entails preparing and submitting a plan specifying the manner in which the institution seeking designation meets these criteria. By designating Montfort under the Act, Ontario has signified it is government policy that the services of Montfort, a general community hospital, are intended to be permanently offered and readily accessible in French. The Commission's directions represent a shift in this policy. Even the Commission itself recognized that the transfer of services from Montfort meant that "some" existing services would not be available in French in Ottawa-Carleton, and that it would no longer be possible to train health care professionals completely in French in a bilingual setting. The Commission, and now Ontario, has given no explanation for this shift in policy. Nor has there been compliance with s. 7 of the F.L.S.A.

164 Section 7 of the F.L.S.A. states that the right to receive services in French may only be limited "as circumstances make reasonable and necessary, if all reasonable measures and plans for compliance with this Act have been taken or made." The definition of "necessary" implies "une chose absolument indispensable, ce dont on ne peut rigoureusement pas se passer. En somme, une nécessité inéluctable": Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois*, 3^e d. (1986), at 36. The word "necessary" in this context would appear to mean that existing services can only be limited when this is the only course of action that can be taken.

165 Before limiting Montfort's services as a community hospital, Ontario must also have taken "all reasonable measures" to comply with the Act. It is possible to state with greater precision what falls short of "all reasonable measures." "All reasonable measures" does not simply mean giving a direction to the transferee hospital to attain F.L.S.A. designation and then transferring the French services before that designation has been attained. Nor does "all reasonable measures" mean creating a seemingly insurmountable problem for the training of health care professionals in French and leaving the affected community to solve the problem itself. The Commission's directions do not comply with s. 7 of the Act.

166 Although it is impossible to specify precisely what is encompassed by the words "reasonable and necessary" and "all reasonable measures," at a minimum they require some justification or explanation for the directions limiting the rights of francophones to benefit from Montfort as a community hospital.

167 While the Lieutenant Governor in Council may make regulations exempting services from the application of ss. 2 and 5 where, in the opinion of the Lieutenant Governor in Council, it is reasonable and necessary to do so, there has been no attempt to pass a regulation exempting any of the health care services from being provided in French. We also note the requirement that any regulation exempting a service from the application of the Act not derogate from the general purpose and intent of the Act. These words appear to invite some objective scrutiny and indicate that the discretionary opinion of the Lieutenant Governor in Council is not absolute.

168 While the Commission, and now the Minister, may exercise a discretion to change and to limit the services offered in French by Montfort, it cannot simply invoke administrative convenience and vague funding concerns as the reasons for doing so: see by analogy *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768 (S.C.C.), at 805-806, *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé& des Services sociaux)*, 2001 SCC 41 (S.C.C.), at para. 116. The Commission's mandate has to be reconciled with the statutory requirements of the F.L.S.A. The Commission may not issue a directive removing available services in French from Montfort, particularly when the services are not available in French on a full-time basis elsewhere in the Ottawa-Carleton region, without complying with the "reasonable and necessary" requirement of the F.L.S.A.

169 Accordingly, we conclude that the Commission's directions fail to respect the requirements of the F.L.S.A.

Issue 6: Are the Commission's directions reviewable pursuant to the unwritten constitutional principle of respect for and protection of minorities?

170 The Commission had a broad statutory discretion to issue directions for the restructuring of Ontario's health care system. There is no dispute that as a public hospital, Montfort was properly subject to the exercise of the Commission's discretion.

171 It has long been established in Canadian law that "there is no such thing as absolute and untrammeled 'discretion' ": *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121 (S.C.C.), at 140, per Rand J. In *Mount Sinai*, *supra*, the Supreme Court reviewed the exercise of discretion by the Quebec Minister of Health in relation to Mount Sinai Hospital. Section 138 of the *Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2, is similar to s. 6 of the *Public Hospitals Act*. Both statutes give the Minister of Health a wide discretion to act in the manner he or she considers justified in the public interest. In his concurring reasons at para. 16, Binnie J. observed:

It is true, as the appellant points out, that the Minister's power under s. 138 is framed as a broad policy discretion to be exercised "*in the public interest*". Yet the discretion,

however broadly framed, is not unfettered. At the very least the Minister must exercise the power for the purpose for which it was granted: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), at p. 1030.

172 The basic principle of the reviewability of ministerial discretion has been applied in relation to the exercise of discretion in relation to s. 23 minority language education rights. In *Arsenault-Cameron, supra*, when striking down a decision of the Minister of Education not to establish a French-language school because of an insufficient number of francophone students, Major and Bastarache JJ. wrote at p. 27:

The Minister has a duty to exercise his discretion in accordance with the dictates of the *Charter*; see *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. In reaching his decision, the Minister failed to give proper weight to the promotion and preservation of minority language culture and to the role of the French Language Board in balancing the pedagogical and cultural considerations. This was essential to giving full regard to the remedial purpose of the right. The approach adopted by the Minister therefore increased the probability that his decision would fail to satisfy constitutional review by the courts.

173 The present case does not involve a written constitutional guarantee, but it does involve a situation with profound implications for Ontario's minority francophone community that engages the constitutional principle of respect for and protection of minorities.

174 Fundamental constitutional values have normative legal force. Even if the text of the Constitution falls short of creating a specific constitutionally enforceable right, the values of the Constitution must be considered in assessing the validity or legality of actions taken by government. This is a long-established principle of our law. Before the advent of the *Charter* and the constitutional entrenchment of rights and freedoms, there can be no doubt that those same rights were fundamental constitutional values. Although they had not been crystallized in the form of entrenched and directly enforceable rights, they were regularly used by the courts to interpret legislation and to assess the legality of administrative action. See *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 (S.C.C.), at 344. The fundamental rights and freedoms of a liberal democracy are very much a product of our British parliamentary heritage. As explained by Rand J. in *Saumur v. Quebec (City)*, [1953] 2 S.C.R. 299 (S.C.C.), at 329, "[F]reedom 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." Although these fundamental rights and freedoms had no place in the text of the Constitution until 1982, the courts were entitled to take them into account when deciding cases and interpreting statutes, and when considering the legality of governmental actions.

175 Similarly, since the enactment of the *Charter*, the application of constitutional values to situations not strictly governed by the text of the Constitution has been recognized and accepted. The *Charter* does not apply as between private individuals, yet *Charter* values are to be applied by the courts in common-law decision making: *Dolphin Delivery Ltd. v. R.W.D.S.U., Local 580*, [1986] 2 S.C.R. 573 (S.C.C.), *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130 (S.C.C.).

176 Unwritten constitutional norms may, in certain circumstances, provide a basis for judicial review of discretionary decisions. As Bora Laskin wrote as a professor of constitutional law in "An Inquiry Into the Diefenbaker Bill of Rights" (1959), 37 Can. Bar Rev. 77, at 81, although not entrenched in the Constitution, civil liberties were frequently used "as a means of curial control of administrative adjudication." More recently, Professor David Mullan commented on the same doctrine in *Administrative Law* (2001), at 114, noting that in the pre-*Charter* era, the Courts were "alert in their scrutiny of the exercise of discretionary power" where civil liberties and freedoms were at stake. The statutory conferral of the power to make a discretionary decision does not immunize from judicial scrutiny the decision-maker who ignores the fundamental values of Canada's legal order. In "[Unwritten Constitutionalism in Canada: Where Do Things Stand?](#)" (2001), 35 Can. Bus. L.J. 113, at 115, Professor Choudhry questions the propriety of using unwritten principles to challenge the validity of legislation, but regards as benign their use to review administrative action: "To the extent that unwritten principles have been used to control executive action, they function in a manner similar to the common law grounds of judicial review of administrative action."

177 The possibility of the review of discretionary decisions on the basis of fundamental Canadian constitutional and societal values is reinforced by the Supreme Court of Canada's decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (S.C.C.); see Mullan, *supra*, c. 6; Dyzenhaus and Fox-Decent, "Rethinking the Process/Substance Distinction: *Baker v. Canada*" (2001), 51 U.T.L.J. 193; MacLauchlan, "Transforming Administrative Law: The Didactic Role of the Supreme Court of Canada" (2001), 80 Can. Bar Rev. 281. In *Baker*, the Court considered a challenge to the exercise of a ministerial decision to refuse to exempt an applicant for permanent resident status, on compassionate and humanitarian grounds, from the requirement that the application be made from outside Canada. Noting that a ministerial discretionary decision made pursuant to a broadly worded statutory mandate is ordinarily entitled to a high level of deference from the courts, L'Heureux-Dubé J. wrote at pp. 853-855 that there were, nonetheless, significant judicially enforceable limits where fundamental constitutional and societal values are at stake:

[D]iscretion must . . . be exercised in a manner that is within a reasonable interpretation of the margin of manoeuvre contemplated by the legislature, in accordance with

the principles of the rule of law (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121), in line with general principles of administrative law governing the exercise of discretion, and consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

. . . .

[T]hough discretionary decisions will generally be given considerable respect, that discretion must be exercised in accordance with the boundaries imposed in the statute, the principles of the rule of law, the principles of administrative law, the fundamental values of Canadian society, and the principles of the *Charter*.

178 L'Heureux-Dubé J. found that the Minister's decision to refuse an exemption for a woman who had given birth to four children during her 11 years in Canada failed to respect the values expressed in the international *Convention on the Rights of the Child*, 1989. The Convention had been signed by Canada, but not adopted in statutory form by Parliament. The Minister, held the majority of the Supreme Court of Canada at p. 859, was required "to give serious weight and consideration" to the values of the Convention and the interests of the applicant's children who would be left behind if she were not admitted. The Minister's decision was quashed.

179 If the values of an international convention not adopted in statute form by Parliament have a bearing on the validity of the exercise of ministerial discretion, it must be the case that failure to take into account a fundamental principle of the Constitution when purporting to act in the public interest renders a discretionary decision subject to judicial review.

180 The Commission was required by statute to exercise its powers with respect to Montfort in *accordance with the public interest*. In determining the public interest, the Commission was required to have regard to the fundamental constitutional principle of respect for and protection of minorities. The Commission was also required to have regard to the recommendations of regional health councils. As noted earlier, the regional health councils recognized the unique role of Montfort and its importance to the continued survival of the language and culture of the francophone community. The Commission, however, viewed consideration of Montfort's larger institutional role as beyond its mandate. This is demonstrated by the letter written by Dr. Sinclair dated February 22, 1999, to which reference has already been made at paras. 49 and 72.

181 We agree with the Divisional Court, at pp. 65-66, that the language and culture of the francophone minority in Ontario "hold a special place in the Canadian fabric as one of the founding communities of Canada and as one of the two official language groups whose rights are entrenched in the Constitution." If implemented, the Commission's directions would greatly impair Montfort's role as an important linguistic, cultural and educational institution, vital to the minority francophone population of Ontario. This would be contrary to the fundamental constitutional principle of respect for and protection of minorities.

182 Ontario relies on the following passage in *Mount Sinai, supra*, where Bastarache J. held at para. 58, "Decisions of Ministers of the Crown in the exercise of discretionary powers in the administrative context should generally receive the highest standard of deference, namely patent unreasonableness."

183 There is little doubt that the Commission's directions themselves are entitled to a high level of curial deference: *Pembroke Civic Hospital v. Ontario (Health Services Restructuring Commission) (1997)*, 36 O.R. (3d) 41 (Ont. Div. Ct.). However, as we have pointed out, they are by no means immune from judicial review. While the Commission's directions are entitled to deference, as pointed out in *Baker, supra*, at p. 859, quoting Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy" in Taggart, ed. *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at 286, deference "requires not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision." See also "Transforming Administrative Law," *supra*, where Professor MacLauchlan states at 289:

As explained by Justice McLachlin [in "[The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law](#)" (1999) 12 CJALP 171], the rule of law should be seen as an essential attribute of decision-making in a democratic society, taking as its overarching principle" a certain *ethos of justification*", under which an exercise of public power is only appropriate where it can be justified to citizens in terms of *rationality and fairness*. [emphasis in original]

184 The Commission offered no justification for diminishing Montfort's important linguistic, cultural, and educational role for the Franco-Ontarian minority. It said that matter was beyond its mandate. The Commission failed to pay any attention to the relevant constitutional values, nor did it make any attempt to justify departure from those values on the ground that it was necessary to do so to achieve some other important objective. While the Commission is entitled to deference, deference does not protect decisions, purportedly taken in the public interest, that impinge on fundamental Canadian constitutional values without offering any justification.

185 The Divisional Court did not find the Commission's decision to be patently unreasonable or clearly irrational, the test that the parties acknowledged was applicable in the circumstances. Ontario points out that the respondents have not appealed this finding. However, this aspect of the Divisional Court's judgment must not be taken out of context or read in isolation from the Court's central findings. The Divisional Court did find that the Commission ignored Montfort's broader institutional role and failed to pay appropriate heed to a fundamental principle of the Constitution. The application of that constitutional principle to the circumstances of this case is squarely raised by Ontario's appeal, and the point under consideration was fully canvassed in argument.

186 The Divisional Court, viewing the matter in purely administrative law terms, and without considering the relevance of the constitutional issues to the standard of review, found the standard to be patent unreasonableness. Where constitutional and quasi-constitutional rights or values are concerned, correctness or reasonableness will often be the appropriate standard: see, e.g., *Baker, supra, Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5 (S.C.C.), *Attis v. New Brunswick District No. 15 Board of Education*, [1996] 1 S.C.R. 825 (S.C.C.). In the circumstances, detailed consideration of the appropriate standard of review is neither necessary nor appropriate as it is clear that the directions cannot survive even the most deferential standard because the Commission refused to take into account or give any weight to Montfort's broader institutional role.

187 We conclude, accordingly, that the Commission's directions must also be quashed on the ground that, contrary to the constitutional principle of respect for and protection of minorities, in the exercise of its discretion, the Commission failed to give serious weight and consideration to the linguistic and cultural significance of Montfort to the survival of the Franco-Ontarian minority.

VI Conclusion

188 Our conclusions may be summarized as follows:

- (1) We affirm the Divisional Court's findings of fact that the Commission's directions to Montfort would:
 - (a) result in a reduction in availability of health care services in French;
 - (b) jeopardize the training of French language health care professionals; and
 - (c) impair Montfort's broader role as an important linguistic, cultural, and educational institution, vital to the minority francophone population of Ontario.
- (2) The status of Montfort as a francophone institution is not constitutionally protected by s. 16(3) of the *Charter*.
- (3) The Commission's directions relating to Montfort did not violate s. 15 of the *Charter* and Montfort's cross-appeal is accordingly dismissed.
- (4) The constitutional principle of respect for and protection of minorities is a fundamental constitutional value that has an important bearing upon the status of Montfort and the validity of the Commission's directions.

(5) The fundamental constitutional principle of respect for and protection of minorities, together with the principles that apply to the interpretation of language rights, require that the F.L.S.A. be given a liberal and generous interpretation.

(6) By enacting the F.L.S.A., Ontario bound itself to provide the services offered at Montfort at the time of designation under the Act unless it was "reasonable and necessary" to limit them. Ontario has not offered the justification that it is reasonable and necessary to limit the services offered in French by Montfort to the community. The Commission's directions failed to respect the requirements of the F.L.S.A.

(7) In exercising its discretion as to what is in the public interest, the Commission was required by the fundamental principles of the Constitution to give serious weight and consideration to the importance of Montfort as an institution to the survival of the Franco-Ontarian minority. The Commission considered this beyond its mandate and its directions are therefore subject to judicial review. This is a second reason for quashing the Commission's directions.

(8) Ontario's appeal is dismissed, the order quashing the Commission's directions relating to Montfort is affirmed, and the matter is remitted to the Minister for reconsideration in accordance with these reasons.

Appeal and cross-appeal dismissed.

APPENDIX A

French Language Services Act

R.S.O. 1990, c. F.32

Amended by: 1993, c. 27, Sched.; O. Reg. 407/94, s. 1; 1997, c. 25, Sched. E, s. 3; 1997, c. 26, Sched.; 1999, c. 14, Sched. F, s. 4; 2000, c. 5, s. 12.

Preamble

Whereas the French language is an historic and honoured language in Ontario and recognized by the Constitution as an official language in Canada; and whereas in Ontario the French language is recognized as an official language in the courts and in education; and whereas the Legislative Assembly recognizes the contribution of the cultural heritage of the French speaking population and wishes to preserve it for future generations; and whereas it is desirable to guarantee the use of the French language in institutions of the Legislature and the Government of Ontario, as provided in this Act;

Therefore, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of the Province of Ontario, enacts as follows:

Definitions

1. In this Act,

"government agency" means,

- (a) a ministry of the Government of Ontario, except that a psychiatric facility, residential facility or college of applied arts and technology that is administered by a ministry is not included unless it is designated as a public service agency by the regulations,
- (b) a board, commission or corporation the majority of whose members or directors are appointed by the Lieutenant Governor in Council,
- (c) a non-profit corporation or similar entity that provides a service to the public, is subsidized in whole or in part by public money and is designated as a public service agency by the regulations,
- (d) a nursing home as defined in the *Nursing Homes Act* or a home for special care as defined in the *Homes for Special Care Act* that is designated as a public service agency by the regulations,
- (e) a service provider as defined in the *Child and Family Services Act* or a board as defined in the *District Social Services Administration Boards Act* that is designated as a public service agency by the regulations,

and does not include a municipality, or a local board as defined in the *Municipal Affairs Act*, other than a local board that is designated under clause (e); ("organisme gouvernemental")

"service" means any service or procedure that is provided to the public by a government agency or institution of the Legislature and includes all communications for the purpose. ("service") R.S.O. 1990, c. F.32, s. 1; 1997, c. 25, Sched. E, s. 3.

Provision of services in French

2. The Government of Ontario shall ensure that services are provided in French in accordance with this Act. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 2.

Use of English or French in Legislative Assembly

3.(1) Everyone has the right to use English or French in the debates and other proceedings of the Legislative Assembly. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 3(1).

Bills and Acts of the Assembly

(2) The public Bills of the Legislative Assembly introduced after the 1st day of January, 1991 shall be introduced and enacted in both English and French. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 3(2).

Translation of Statutes

4.(1) Before the 31st day of December, 1991, the Attorney General shall cause to be translated into French a consolidation of the public general statutes of Ontario that were re-enacted in the Revised Statutes of Ontario, 1980, or enacted in English only after the coming into force of the Revised Statutes of Ontario, 1980, and that are in force on the 31st day of December, 1990. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 4(1).

Enactment

(2) The Attorney General shall present the translations referred to in subsection (1) to the Legislative Assembly for enactment. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 4(2).

Translation of regulations

(3) The Attorney General shall cause to be translated into French such regulations as the Attorney General considers appropriate and shall recommend the translations to the Executive Council or other regulation-making authority for adoption. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 4(3).

Right to services in French

5.(1) A person has the right in accordance with this Act to communicate in French with, and to receive available services in French from, any head or central office of a government agency or institution of the Legislature, and has the same right in respect of any other office of such agency or institution that is located in or serves an area designated in the Schedule. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 5(1).

Duplication of services

(2) When the same service is provided by more than one office in a designated area, the Lieutenant Governor in Council may designate one or more of those offices to provide the service in French if the Lieutenant Governor in Council is of the opinion that the public in the designated area will thereby have reasonable access to the service in French. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 5(2).

Idem

(3) If one or more offices are designated under subsection (2), subsection (1) does not apply in respect of the service provided by the other offices in the designated area. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 5(3).

Existing practice protected

6. This Act shall not be construed to limit the use of the English or French language outside of the application of this Act. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 6.

Limitation of obligations of government agencies, etc.

7. The obligations of government agencies and institutions of the Legislature under this Act are subject to such limits as circumstances make reasonable and necessary, if all reasonable measures and plans for compliance with this Act have been taken or made. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 7.

Regulations

8. The Lieutenant Governor in Council may make regulations,

(a) designating public service agencies for the purpose of the definition of "government agency";

(b) amending the Schedule by adding areas to it;

(c) exempting services from the application of sections 2 and 5 where, in the opinion of the Lieutenant Governor in Council, it is reasonable and necessary to do so and where the exemption does not derogate from the general purpose and intent of this Act. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 8.

Public service agencies; limited designation

9.(1) A regulation designating a public service agency may limit the designation to apply only in respect of specified services provided by the agency, or may specify services that are excluded from the designation. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 9(1).

Consent of university

(2) A regulation made under this Act that applies to a university is not effective without the university's consent. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 9(2).

Notice and comment re exempting regulation, etc.

10.(1) This section applies to a regulation,

- (a) exempting a service under clause 8(1)(c);
- (b) revoking the designation of a public service agency;
- (c) amending a regulation designating a public service agency so as to exclude or remove a service from the designation. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 10(1).

Idem

(2) A regulation to which this section applies shall not be made until at least forty-five days after a notice has been published in *The Ontario Gazette* and a newspaper of general circulation in Ontario setting forth the substance of the proposed regulation and inviting comments to be submitted to the Minister responsible for Francophone Affairs. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 10(2).

Idem

(3) After the expiration of the forty-five day period, the regulation with such changes as are considered advisable may be made without further notice. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 10(3).

Responsible Minister

11.(1) The Minister responsible for Francophone Affairs is responsible for the administration of this Act. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 11(1).

Functions

(2) The functions of the Minister are to develop and co-ordinate the policies and programs of the government relating to Francophone Affairs and the provision of French language services and for the purpose, the Minister may,

- (a) prepare and recommend government plans, policies and priorities for the provision of French language services;
- (b) co-ordinate, monitor and oversee the implementation of programs of the government for the provision of French language services by government agencies and of programs relating to the use of the French language;
- (c) make recommendations in connection with the financing of government programs for the provision of French language services;
- (d) investigate and respond to public complaints respecting the provision of French language services;

(e) require the formulation and submission of government plans for the implementation of this Act and fix time limits for their formulation and submission, and shall perform such duties as are assigned to the Minister by order in council or by any other Act. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 11 (2); 1993, c. 27, Sched.

Annual report

(3) The Minister, after the close of each fiscal year, shall submit to the Lieutenant Governor in Council an annual report upon the affairs of the Office of Francophone Affairs and shall then lay the report before the Assembly if it is in session or, if not, at the next session. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 11(3).

Office for Francophone Affairs

12.(1) Such employees as are considered necessary shall be appointed under the *Public Service Act* for the administration of the functions of the Minister responsible for Francophone Affairs, and shall be known as the Office of Francophone Affairs. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 12(1).

Function of Office of Francophone Affairs

(2) The Office of Francophone Affairs may,

- (a) review the availability and quality of French language services and make recommendations for their improvement;
- (b) recommend the designation of public service agencies and the addition of designated areas to the Schedule;
- (c) require non-profit corporations and similar entities, facilities, homes and colleges referred to in the definition of "government agency" to furnish to the Office information that may be relevant in the formulation of recommendations respecting their designation as public service agencies;
- (d) recommend changes in the plans of government agencies for the provision of French language services;
- (e) make recommendations in respect of an exemption or proposed exemption of services under clause 8(1)(c),

and shall perform any other function assigned to it by the Minister responsible for Francophone Affairs, the Executive Council or the Legislative Assembly. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 12(2); 1993, c. 27, Sched.

French language services co-ordinators

13.(1) A French language services co-ordinator shall be appointed for each ministry of the government. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 13(1).

Committee

(2) There shall be a committee consisting of the French language services co-ordinators, presided over by the senior official of the Office of Francophone Affairs. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 13(2).

Communication

(3) Each French language services co-ordinator may communicate directly with his or her deputy minister. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 13(3).

Deputy minister

(4) Each deputy minister is accountable to the Executive Council for the implementation of this Act and the quality of the French language services in the ministry. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 13(4).

Municipal by-laws re official languages

14.(1) The council of a municipality that is in an area designated in the Schedule may pass a by-law providing that the administration of the municipality shall be conducted in both English and French and that all or specified municipal services to the public shall be made available in both languages. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 14(1).

Right to services in English and French

(2) When a by-law referred to in subsection (1) is in effect, a person has the right to communicate in English or French with any office of the municipality, and to receive available services to which the by-law applies, in either language. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 14(2).

Metropolitan and regional councils

(3) Where an area designated in the Schedule is in a metropolitan or regional municipality and the council of a municipality in the area passes a by-law under subsection (1), the council of the metropolitan or regional municipality may also pass a by-law under subsection (1) in respect of its administration and services. R.S.O. 1990, c. F.32, s. 14(3).

Schedule

MUNICIPALITY OR DISTRICT	AREA
City of Greater Sudbury	All
City of Hamilton	All of the City of Hamilton as it exists on December 31, 2000
City of Ottawa	All
City of Toronto	All
Regional Municipality of Niagara	Cities of: Port Colborne and Welland
Regional Municipality of Peel	City of Mississauga
County of Dundas	Township of Winchester
County of Essex	City of Windsor Towns of: Belle River and Tecumseh Townships of: Anderdon, Colchester North, Maidstone, Sandwich South, Sandwich West, Tilbury North, Tilbury West and Rochester
County of Glengarry	All
County of Kent	Town of Tilbury Townships of: Dover and Tilbury East
County of Middlesex	City of London
County of Prescott	All
County of Renfrew	City of Pembroke Townships of: Stafford and Westmeath
County of Russell	All
County of Simcoe	Town of Penetanguishene Townships of: Tiny and Essa
County of Stormont	All
District of Algoma	All
District of Cochrane	All
District of Kenora	Township of Ignace
District of Nipissing	All
District of Sudbury	Towns of: Geraldton, Longlac and Marathon Townships of: Manitouwadge, Beardmore, Nakina and Terrace Bay
District of Thunder Bay	All
District of Timiskaming	

R.S.O. 1990, c. F.32, Sched.; O. Reg. 407/94; 1997, c. 26, Sched.; 1999, c. 14, Sched. F, s. 4; 2000, c. 5, s. 12.

Footnotes

- * On February 7, 2002, the court released additional reasons for judgment regarding costs, Doc. CA C33807, Weiler, Sharpe JJ.A., Rivard J. (ad hoc) ([Ont. C.A.](#)), 2002 CarswellOnt 336.
- ¹ The Regulation came into force on April 1, 1996. On April 29, 1999, O. Reg. 272/99 revoked O. Reg. 88/96 and provided for more restrictive advisory duties for the Commission.
- ² S.O. 1986, c. 45. Prior to this, the 1960s showed an increased sensitivity to French language rights both as a question of fairness to Ontario's own residents and as a larger backdrop to national unity. The Ontario government passed a motion giving members of the Legislature the right to address the House in English or in French. The *Schools Administration Act*, R.S.O. 1960, c. 361, and the *Secondary Schools and Boards of Education Act*, R.S.O. 1960, c. 362, were passed to facilitate the establishment and support of French elementary and secondary schools. On May 3, 1971, Premier Davis made a formal

statement in the legislative assembly in which he pledged to continue the general philosophy of former Premier Robarts concerning bilingualism. He indicated that Ontario's policy would be to provide, wherever practicable, public services in the English and French languages. He recognized the special emphasis given by the federal government to bilingualism in the National Capital region and pledged to support the efforts made to date by the municipalities in the region to increase provision of bilingual services: *Debates of the Legislative Assembly of Ontario*, May 3, 1971, at pp. 1104-1109. In the field of justice, a pilot project was begun in June 1976 to permit the use of French in trials before the Criminal Division of the Provincial Court in Sudbury. The project was extended to Ottawa the following year. Bilingual services were then extended to the Family Court Division in Sudbury and Ottawa. At the request of the Attorney General for Ontario, the *Criminal Code* was amended in 1979 to provide for trials before a judge or jury who spoke the official language of the accused or both English and French (S.C. 1978-79, c. 10). In April 1984, the *Courts of Justice Act, 1984* was amended to provide in s. 135 (now s. 125, R.S.O. 1990, c. C.43) that the official languages of the courts in Ontario are English and French (S.O. 1984, c. 11). At that time, the then Attorney General for Ontario, the Honourable Roy McMurtry, stated that the government had made it clear that services in the French language in relation to health care had to be a priority: *Debates*, April 10, 1984, at pp. 616-617.

Tab 3

Her Majesty The Queen *Appellant;*

and

David Edwin Oakes *Respondent.*

File No.: 17550.

1985: March 12; 1986: February 28.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence (s. 11(d)) — Reverse onus clause — Accused presumed to be trafficker on finding of possession of illicit drug — Onus on accused to rebut presumption — Whether or not reverse onus in violation of s. 11(d) of the Charter — Whether or not reverse onus a reasonable limit to s. 11(d) and justified in a free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.

Criminal law — Presumption of innocence — Reverse onus — Accused presumed to be trafficker on finding of possession of illicit drug — Onus on accused to rebut presumption — Whether or not constitutional guarantee of presumption of innocence (s. 11(d) of the Charter) violated.

Respondent was charged with unlawful possession of a narcotic for the purpose of trafficking, contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, but was convicted only of unlawful possession. After the trial judge made a finding that it was beyond a reasonable doubt that respondent was in possession of a narcotic, respondent brought a motion challenging the constitutional validity of s. 8 of the *Narcotic Control Act*. That section provides that if the Court finds the accused in possession of a narcotic, the accused is presumed to be in possession for the purpose of trafficking and that, absent the accused's establishing the contrary, he must be convicted of trafficking. The Ontario Court of Appeal, on an appeal brought by the Crown, found that this provision constituted a "reverse onus" clause and held it to be unconstitutional because it violated the presumption of innocence now entrenched in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown appealed and a constitutional question was stated as to whether

Sa Majesté La Reine *Appelante;*

et

David Edwin Oakes *Intimé.*

^a N° du greffe: 17550.

1985: 12 mars; 1986: 28 février.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence (al. 11d) — Disposition portant inversion de la charge de la preuve — L'accusé est présumé être un trafiquant dès lors qu'il est constaté qu'il était en possession d'une drogue illicite — Il incombe à l'accusé de réfuter cette présomption — L'inversion de la charge de la preuve est-elle contraire à l'al. 11d) de la Charte? — L'inversion de la charge de la preuve apporte-t-elle à l'al. 11d) une limite qui soit raisonnable et justifiée dans une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.

Droit criminel — Présomption d'innocence — Inversion de la charge de la preuve — L'accusé est présumé être un trafiquant dès lors qu'il est constaté qu'il était en possession d'une drogue illicite — Il incombe à l'accusé de réfuter cette présomption — Y a-t-il eu violation du droit constitutionnel d'être présumé innocent (al. 11d) de la Charte)?

L'intimé a été accusé d'avoir eu illégalement en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic, contrairement au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Toutefois, il a été reconnu coupable seulement de possession. Après que le juge du procès eut conclu que, hors de tout doute raisonnable, l'intimé était en possession d'un stupéfiant, ce dernier a présenté une requête en contestation de la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Cet article prévoit que si la cour constate que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, il est présumé l'avoir été pour en faire le trafic et qu'à moins qu'il ne prouve le contraire, il doit être déclaré coupable de trafic. Le ministère public a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui a conclu qu'il s'agissait d'une disposition portant «inversion de la charge de la preuve» qui est inconstitutionnelle pour le motif qu'elle viole la présomption d'innocence maintenant enracinée dans l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public a formé un

s. 8 of the *Narcotic Control Act* violated s. 11(d) of the *Charter* and was therefore of no force and effect. Inherent in this question, given a finding that s. 11(d) of the *Charter* had been violated, was the issue of whether or not s. 8 of the *Narcotic Control Act* was a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society for the purpose of s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed and the constitutional question answered in the affirmative.

Per Dickson C.J. and Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.: Pursuant to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, the accused, upon a finding beyond a reasonable doubt of possession of a narcotic, has the legal burden of proving on a balance of probabilities that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking. On proof of possession, a mandatory presumption arises against the accused that he intended to traffic and the accused will be found guilty unless he can rebut this presumption on a balance of probabilities.

The presumption of innocence lies at the very heart of the criminal law and is protected expressly by s. 11(d) of the *Charter* and inferentially by the s. 7 right to life, liberty and security of the person. This presumption has enjoyed longstanding recognition at common law and has gained widespread acceptance as evidenced from its inclusion in major international human rights documents. In light of these sources, the right to be presumed innocent until proven guilty requires, at a minimum, that: (1) an individual be proven guilty beyond a reasonable doubt; (2) the State must bear the burden of proof; and (3) criminal prosecutions must be carried out in accordance with lawful procedures and fairness.

A provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the existence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(d). The fact that the standard required on rebuttal is only a balance of probabilities does not render a reverse onus clause constitutional.

Section 8 of the *Narcotic Control Act* infringes the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter* by

a pourvoi dans le cadre duquel on a formulé la question constitutionnelle de savoir si l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est contraire à l'al. 11d) de la *Charte* et, par conséquent, inopérant. À supposer que l'on conclue qu'il y a eu violation de l'al. 11d) de la *Charte*, cette question constitutionnelle soulève alors la question de savoir si l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* constitue une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté et la question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative.

b *Le juge en chef* Dickson et les juges Chouinard, Lamer, Wilson et *Le Dain*: Aux termes de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, dès qu'on conclut hors de tout doute raisonnable que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, celui-ci a la charge ultime de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession de ce stupéfiant pour en faire le trafic. Une fois prouvée, la possession fait naître à l'encontre de l'accusé la présomption impérative qu'il avait l'intention de se livrer au trafic et il sera reconnu coupable, à moins qu'il ne puisse, par une preuve selon la prépondérance des probabilités, réfuter cette présomption.

c La présomption d'innocence est au cœur même du droit criminel; elle est garantie expressément par l'al. 11d) de la *Charte* et implicitement par l'art. 7 qui garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Cette présomption a depuis fort longtemps droit de cité en *common law* et son acceptation générale ressort de son inclusion dans les plus importants documents internationaux relatifs aux droits de la personne. Compte tenu de ces documents, le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable exige à tout le moins (1) que la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable, (2) que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve et (3) que les poursuites criminelles se déroulent d'une manière conforme aux procédures légales et à l'équité.

d Une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11d). Ce n'est pas parce que la norme requise pour réfuter la présomption est la preuve selon la prépondérance des probabilités qu'une disposition portant inversion de la preuve est constitutionnelle.

e L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11d) de la *Charte*

requiring the accused to prove he is not guilty of trafficking once the basic fact of possession is proven.

The rational connection test — the potential for a rational connection between the basic fact and the presumed fact to justify a reverse onus provision — does not apply to the interpretation of s. 11(d). A basic fact may rationally tend to prove a presumed fact, but still not prove its existence beyond a reasonable doubt, which is an important aspect of the presumption of innocence. The appropriate stage for invoking the rational connection test is under s. 1 of the *Charter*.

Section 1 of the *Charter* has two functions: First, it guarantees the rights and freedoms set out in the provisions which follow it; and second, it states explicitly the exclusive justificatory criteria (outside of s. 33 of the *Constitutional Act, 1982*) against which limitations on those rights and freedoms may be measured.

The onus of proving that a limitation on any *Charter* right is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society rests upon the party seeking to uphold the limitation. Limits on constitutionally guaranteed rights are clearly exceptions to the general guarantee. The presumption is that *Charter* rights are guaranteed unless the party invoking s. 1 can bring itself within the exceptional criteria justifying their being limited.

The standard of proof under s. 1 is a preponderance of probabilities. Proof beyond a reasonable doubt would be unduly onerous on the party seeking to limit the right because concepts such as "reasonableness", "justifiability", and "free and democratic society" are not amenable to such a standard. Nevertheless, the preponderance of probability test must be applied rigorously.

Two central criteria must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the objective to be served by the measures limiting a *Charter* right must be sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. The standard must be high to ensure that trivial objectives or those discordant with the principles of a free and democratic society do not gain protection. At a minimum, an objective must relate to societal concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be

en obligeant l'accusé à prouver qu'il n'est pas coupable de trafic, une fois la possession établie.

Le critère du lien rationnel — le fait qu'une disposition portant inversion de la charge de la preuve puisse se justifier par l'existence d'un lien rationnel entre le fait établi et le fait présumé — ne s'applique pas à l'interprétation de l'al. 11d). Un fait établi peut rationnellement tendre à prouver un fait présumé sans pour autant en prouver l'existence hors de tout doute raisonnable, un aspect important de la présomption d'innocence. C'est dans le contexte de l'article premier de la *Charte* qu'il convient d'invoquer le critère du lien rationnel.

L'article premier de la *Charte* remplit deux fonctions: premièrement, il garantit les droits et libertés énoncés dans les dispositions qui le suivent; et, deuxièmement, il établit explicitement les seuls critères justificatifs (à part ceux de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés.

^d La charge de prouver qu'une restriction à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction. Les restrictions apportées à des droits garantis par la Constitution constituent nettement des exceptions à la garantie générale dont ceux-ci font l'objet. On presume que les droits énoncés dans la *Charte* sont garantis, à moins que la partie qui invoque l'article premier ne puisse satisfaire aux critères exceptionnels qui justifient leur restriction.

^g La norme de preuve applicable aux fins de l'article premier est la preuve selon la prépondérance des probabilités. La preuve hors de tout doute raisonnable imposerait une charge trop lourde à la partie qui cherche à apporter une restriction à un droit, puisque des concepts comme «le caractère raisonnable», «le caractère justifiable» et «une société libre et démocratique» ne se prêtent pas à l'application d'une telle norme. Néanmoins, le critère de la prépondérance des probabilités doit être appliqué rigoureusement.

ⁱ Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que doivent servir les mesures qui apportent une restriction à un droit garanti par la *Charte*, doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas d'une protection. Il faut à tout le

characterized as sufficiently important. Second, the party invoking s. 1 must show the means to be reasonable and demonstrably justified. This involves a form of proportionality test involving three important components. To begin, the measures must be fair and not arbitrary, carefully designed to achieve the objective in question and rationally connected to that objective. In addition, the means should impair the right in question as little as possible. Lastly, there must be a proportionality between the effects of the limiting measure and the objective — the more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be.

Parliament's concern that drug trafficking be decreased was substantial and pressing. Its objective of protecting society from the grave ills of drug trafficking was self-evident, for the purposes of s. 1, and could potentially in certain cases warrant the overriding of a constitutionally protected right. There was, however, no rational connection between the basic fact of possession and the presumed fact of possession for the purpose of trafficking. The possession of a small or negligible quantity of narcotics would not support the inference of trafficking.

Per Estey and McIntyre JJ.: Concurred in the reasons of Dickson C.J. with respect to the relationship between s. 11(d) and s. 1 of the *Charter* but the reasons of Martin J.A. in the court below were adopted for the disposition of all other issues.

Cases Cited

R. v. Shelley, [1981] 2 S.C.R. 196; *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92; *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419; *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337; *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462, considered; *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648, distinguished; *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235; *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227; *R. v. Landry*, [1983] C.A. 408, 7 C.C.C. (3d) 555; *R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31; *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488; *R. v. Kupczynski*, Ontario County Court, unreported, June 23, 1982; *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75; *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216; *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Manchuk v.*

moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations sociales, urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important. En deuxième lieu, la partie qui invoque l'article premier doit démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité qui comporte trois éléments importants. D'abord, les mesures doivent être équitables et non arbitraires, être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question et avoir un lien rationnel avec cet objectif. De plus, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question. Enfin, il doit y avoir proportionnalité entre les effets de la mesure restrictive et l'objectif poursuivi — plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important.

d Le souci du législateur de réduire le trafic des stupéfiants est réel et urgent. Son objectif, qui est de protéger la société contre les fléaux liés au trafic des stupéfiants est évident en soi aux fins de l'article premier, et peut justifier dans certains cas l'atteinte à un droit garanti par la Constitution. Il n'existe toutefois pas de lien rationnel entre le fait établi de la possession et le fait présumé de possession à des fins de trafic. La possession d'une quantité infime ou négligeable de stupéfiants ne justifie pas une conclusion de trafic.

f *Les juges Estey et McIntyre: Les motifs du juge en chef Dickson sont adoptés en ce qui concerne le lien entre l'al. 11d) et l'article premier de la Charte.* Cependant, il y a adoption des motifs du juge Martin de la Cour d'appel pour ce qui est de statuer sur toutes les autres questions.

Jurisprudence

i Arrêts examinés: *R. c. Shelley*, [1981] 2 R.C.S. 196; *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92; *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419; *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337; *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; distinction faite d'avec l'arrêt: *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648; arrêts mentionnés: *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235; *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227; *R. c. Landry*, [1983] C.A. 408, 7 C.C.C. (3d) 555; *R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31; *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488; *R. v. Kupczynski*, Cour de comté de l'Ontario, décision inédite en date du 23 juin 1982; *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75; *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216; *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi: Motor*

The King, [1938] S.C.R. 341; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250; *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539; *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125; *R. v. Kowalcuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34; *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713; *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943); *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969); *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Pfunders Case (Austria v. Italy)* (1963), 6 Yearbook E.C.H.R. 740; *X against the United Kingdom*, Appl'n No. 5124/71, Collection of Decisions, E.C.H.R., 135; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *Hanes v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154; *Smith v. Smith*, [1952] 2 S.C.R. 312, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(f).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).
Constitution Act, 1982, s. 33.
Constitution of the United States of America, 5th and 14th Amendments.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 224A(1)(a) (now s. 237(1)(a)).
Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 35 (formerly s. 33 en. by 1960-61 (Can.), c. 37, s. 1).
International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, art. 14(2).
Misuse of Drugs Act 1971, 1971 (U.K.), c. 38.
Misuse of Drugs Act 1975, 1975 (N.Z.), No. 116.
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.
Opium and Narcotic Drug Act, R.S.C. 1952, c. 201.
Protocol for Limiting and Regulating the Cultivation of the Poppy Plant, the Production of, International and Wholesale Trade in, and Use of Opium.
Single Convention on Narcotic Drugs, 1961.
Universal Declaration of Human Rights, art. 11(I).

Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs. *Final Report of the Commission of*

Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486; *Manchuk v. The King*, [1938] R.C.S. 341; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250; *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539; *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125; *R. v. Kowalcuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34; *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713; *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943); *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969); *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Affaire Pfunders (Autriche c. Italie)* (1963), 6 Annuaire C.E.D.H. 741; *X contre le Royaume-Uni*, demande n° 5124/71, Recueil des décisions, C.E.D.H. 135; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *Hanes v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154; *Smith v. Smith*, [1952] 2 R.C.S. 312.

a *Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Manchuk v. The King*, [1938] R.C.S. 341; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250; *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539; *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125; *R. v. Kowalcuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34; *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713; *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943); *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969); *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Affaire Pfunders (Autriche c. Italie)* (1963), 6 Annuaire C.E.D.H. 741; *X contre le Royaume-Uni*, demande n° 5124/71, Recueil des décisions, C.E.D.H. 135; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *Hanes v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154; *Smith v. Smith*, [1952] 2 R.C.S. 312.

b *Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Manchuk v. The King*, [1938] R.C.S. 341; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250; *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539; *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125; *R. v. Kowalcuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34; *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713; *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943); *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969); *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Affaire Pfunders (Autriche c. Italie)* (1963), 6 Annuaire C.E.D.H. 741; *X contre le Royaume-Uni*, demande n° 5124/71, Recueil des décisions, C.E.D.H. 135; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *Hanes v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154; *Smith v. Smith*, [1952] 2 R.C.S. 312.

c *Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Manchuk v. The King*, [1938] R.C.S. 341; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250; *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539; *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125; *R. v. Kowalcuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34; *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713; *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943); *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969); *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Affaire Pfunders (Autriche c. Italie)* (1963), 6 Annuaire C.E.D.H. 741; *X contre le Royaume-Uni*, demande n° 5124/71, Recueil des décisions, C.E.D.H. 135; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *Hanes v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154; *Smith v. Smith*, [1952] 2 R.C.S. 312.

d *Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Manchuk v. The King*, [1938] R.C.S. 341; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250; *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539; *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125; *R. v. Kowalcuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34; *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713; *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943); *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969); *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Affaire Pfunders (Autriche c. Italie)* (1963), 6 Annuaire C.E.D.H. 741; *X contre le Royaume-Uni*, demande n° 5124/71, Recueil des décisions, C.E.D.H. 135; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *Hanes v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154; *Smith v. Smith*, [1952] 2 R.C.S. 312.

Lois et règlements cités

e *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 11d).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 224A(1)a) (actuel art. 237(1)a)).
Constitution of the United States of America, 5th and 14th Amendments.

f *Convention unique sur les stupéfiants de 1961*.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 2f).
Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 11(I).

g *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 33.
Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 35 (anciennement art. 33 promulgué par 1960-61 (Can.), chap. 37, art. 1).

h *Loi sur l'opium et les drogues narcotiques*, S.R.C. 1952, chap. 201.
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.

i *Misuse of Drugs Act* 1971, 1971 (U.K.), chap. 38.
Misuse of Drugs Act 1975, 1975 (N.Z.), n° 116.

j *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 1966, art. 14(2).
Protocole visant à limiter et à réglementer la culture du pavot, ainsi que la production, le commerce international, le commerce de gros et l'emploi de l'opium.

Doctrine citée

1986 CanLII 46 (SCC)

k *Canada. Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales. Rapport final, Commission*

Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs, Ottawa, Information Canada, 1973.

Canada. *Report of the Special Committee on Traffic in Narcotic Drugs*, Appendix to Debates of the Senate, 1955 Session.

Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed., London, Butterworths, 1979.

Cross, Sir Rupert. "The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof," delivered in the *Rede Lectures*, University of Toronto, Toronto, 1976.

Jacobs, Francis. *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975.

MacKay, A. Wayne and T. A. Cromwell. "Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts" (1983), 32 C.R. (3d) 221, 221-235.

Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto, Butterworths, 1974.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 145 D.L.R. (3d) 123, 2 C.C.C. (3d) 339, dismissing an appeal of the Crown from a judgment of Walker Prov. Ct. J. convicting the accused of simple possession on a charge of possessing narcotics for the purposes of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*. Appeal dismissed.

Julius Isaac, Q.C., Michael R. Dambrot and Donna C. McGillis, for the appellant.

Geoffrey A. Beasley, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal concerns the constitutionality of s. 8 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. The section provides, in brief, that if the Court finds the accused in possession of a narcotic, he is presumed to be in possession for the purpose of trafficking. Unless the accused can establish the contrary, he must be convicted of trafficking. The Ontario Court of Appeal held that this provision constitutes a "reverse onus" clause and is unconstitutional because it violates one of the core values of our criminal justice system, the presumption of innocence, now entrenched in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown has appealed.

d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales, Ottawa, Information Canada, 1973.

Canada. *Rapport du Comité spécial chargé d'enquêter sur le trafic des stupéfiants*, appendice aux Débats du Sénat du Canada, session 1955.

^a Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed., London, Butterworths, 1979.

Cross, Sir Rupert. "The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof," delivered in the *Rede Lectures*, University of Toronto, Toronto, 1976.

^b Jacobs, Francis. *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975.

MacKay, A. Wayne and T. A. Cromwell. "Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts" (1983), 32 C.R. (3d) 221, 221-235.

^c Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto, Butterworths, 1974.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 145 D.L.R. (3d) 123, 2 C.C.C. (3d) 339, qui a rejeté un appel formé par le ministère public contre une décision dans laquelle le juge Walker de la Cour provinciale a reconnu l'accusé coupable de simple possession alors qu'il était inculpé de possession de stupéfiants pour en faire le trafic, contrairement au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Pourvoi rejeté.

Julius Isaac, c.r., Michael R. Dambrot et Donna C. McGillis, pour l'appelante.

^f Geoffrey A. Beasley, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain rendu par

^g LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1. L'article 8 prévoit en bref que, si la cour constate que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, il est présumé l'avoir été pour en faire le trafic. À moins que l'accusé ne puisse établir le contraire, il doit être déclaré coupable de trafic. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que cet article constitue une disposition portant «inversion de la charge de la preuve», qui est en conséquence inconstitutionnelle pour le motif qu'elle viole l'un des principes fondamentaux de notre système de justice criminelle, savoir la présomption d'innocence qui est maintenant encastrée dans l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public a formé un pourvoi.

I

Statutory and Constitutional Provisions

Before reviewing the factual context, I will set out the relevant legislative and constitutional provisions:

Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1.

3. (1) Except as authorized by this Act or the regulations, no person shall have a narcotic in his possession.

(2) Every person who violates subsection (1) is guilty of an indictable offence and is liable

(a) upon summary conviction for a first offence, to a fine of one thousand dollars or to imprisonment for six months or to both fine and imprisonment, and for a subsequent offence, to a fine of two thousand dollars or to imprisonment for one year or to both fine and imprisonment; or

(b) upon conviction on indictment, to imprisonment for seven years.

4. (1) No person shall traffic in a narcotic or any substance represented or held out by him to be a narcotic.

(2) No person shall have in his possession a narcotic for the purpose of trafficking.

(3) Every person who violates subsection (1) or (2) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

8. In any prosecution for a violation of subsection 4(2), if the accused does not plead guilty, the trial shall proceed as if it were a prosecution for an offence under section 3, and after the close of the case for the prosecution and after the accused has had an opportunity to make full answer and defence, the court shall make a finding as to whether or not the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3; if the court finds that the accused was not in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be acquitted but if the court finds that the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, and thereafter the prosecutor shall be given an opportunity of adducing evidence to establish that the accused was in possession of the narcotic for the purpose of trafficking; if the accused establishes that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be acquitted of the offence as charged but he shall be

I

Les dispositions législatives et constitutionnelles

Avant de passer à l'examen des faits, reproduisons les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes:

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1.

3. (1) Sauf ainsi que l'autorisent la présente loi ou les règlements, nul ne peut avoir un stupéfiant en sa possession.

(2) Quiconque enfreint le paragraphe (1) est coupable d'une infraction et passible,

a) sur déclaration sommaire de culpabilité, pour une première infraction, d'une amende de mille dollars ou d'un emprisonnement de six mois ou à la fois de l'amende et de l'emprisonnement, et pour infraction subséquente, d'une amende de deux mille dollars ou d'un emprisonnement d'un an ou à la fois de l'amende et de l'emprisonnement; ou

b) sur déclaration de culpabilité sur acte d'accusation, d'un emprisonnement de sept ans.

4. (1) Nul ne peut faire le trafic d'un stupéfiant ou d'une substance quelconque qu'il prétend être ou estime être un stupéfiant.

(2) Nul ne peut avoir en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic.

(3) Quiconque enfreint le paragraphe (1) ou (2) est coupable d'un acte criminel et encourt l'emprisonnement à perpétuité.

8. Dans toutes poursuites pour une violation du paragraphe 4(2), si l'accusé n'avoue pas sa culpabilité, le procès doit s'instruire comme s'il s'agissait d'une poursuite pour une infraction prévue par l'article 3, et après que le poursuivant a terminé son exposé et qu'il a été fourni à l'accusé une occasion de présenter une réplique et une défense complètes, la cour doit statuer sur la question de savoir si l'accusé était ou non en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3; si la cour constate que l'accusé n'était pas en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3, elle doit l'acquitter, mais si elle constate qu'il était en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3, il doit être fourni à l'accusé une occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, et, par la suite, il doit être fourni au poursuivant une occasion d'établir la preuve que l'accusé était en possession du stupéfiant pour en faire le trafic; si celui-ci démontre qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il

convicted of an offence under section 3 and sentenced accordingly; and if the accused fails to establish that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged and sentenced accordingly.

(Emphasis added.)

Canadian Charter of Rights and Freedoms

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

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.

II

Facts

The respondent, David Edwin Oakes, was charged with unlawful possession of a narcotic for the purpose of trafficking, contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*. He elected trial by magistrate without a jury. At trial, the Crown adduced evidence to establish that Mr. Oakes was found in possession of eight one gram vials of *cannabis* resin in the form of hashish oil. Upon a further search conducted at the police station, \$619.45 was located. Mr. Oakes told the police that he had bought ten vials of hashish oil for \$150 for his own use, and that the \$619.45 was from a workers' compensation cheque. He elected not to call evidence as to possession of the narcotic. Pursuant to the procedural provisions of s. 8 of the *Narcotic Control Act*, the trial judge proceeded to make a finding that it was beyond a reasonable doubt that Mr. Oakes was in possession of the narcotic.

doit être acquitté de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation, mais il doit être déclaré coupable d'une infraction aux termes de l'article 3 et condamné en conséquence; et si l'accusé ne démontre pas qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être déclaré coupable de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation et condamné en conséquence.

(C'est moi qui souligne.)

Charte canadienne des droits et libertés

11. Tout inculpé a le droit:

c) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

d) 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.

e

II

Les faits

f) L'intimé, David Edwin Oakes, a été accusé d'avoir eu illégalement en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic, contrairement au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Il a choisi de subir son procès devant un magistrat siégeant sans jury. Au cours du procès, la poursuite a produit des éléments de preuve en vue d'établir que M. Oakes avait été trouvé en possession de huit fioles d'une capacité d'un gramme contenant de la résine de cannabis sous forme d'huile de haschisch. Une h) fouille effectuée au poste de police a permis de découvrir la somme de 619,45 \$. Monsieur Oakes a dit à la police qu'il avait acheté au prix de 150 \$ dix fioles d'huile de haschisch pour son propre usage et que les 619,45 \$ provenaient d'un chèque i) d'indemnisation pour un accident de travail. Il a choisi de ne pas présenter de preuve relativement à la possession d'un stupéfiant. Conformément aux dispositions en matière de procédure de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge du procès a conclu que, hors de tout doute raisonnable, M. Oakes était en possession du stupéfiant.

Following this finding, Mr. Oakes brought a motion to challenge the constitutional validity of s. 8 of the *Narcotic Control Act*, which he maintained imposes a burden on an accused to prove that he or she was not in possession for the purpose of trafficking. He argued that s. 8 violates the presumption of innocence contained in s. 11(d) of the *Charter*.

III

Judgments

- (a) Ontario Provincial Court (*R. v. Oakes* (1982), 38 O.R. (2d) 598)

At trial, Walker Prov. Ct. J. borrowed the words of Laskin C.J. in *R. v. Shelley*, [1981] 2 S.C.R. 196, at p. 202, and found there was no rational or necessary connection between the fact proved, *i.e.*, possession of the drug, and the conclusion asked to be drawn, namely, possession for the purpose of trafficking. Walker Prov. Ct. J. held that, to the extent that s. 8 of the *Narcotic Control Act* requires this presumption and the resultant conviction, it is inoperative as a violation of the presumption of innocence contained in s. 11(d) of the *Charter*.

Walker Prov. Ct. J. added that the reverse onus in s. 8 would not be invalid if the Crown had adduced evidence of possession as well as evidence from which it could be inferred beyond a reasonable doubt that the possession was for the purpose of trafficking. If this were done, there would be a sufficient rational connection between the fact of possession and the presumed fact of trafficking.

- (b) Ontario Court of Appeal (*R. v. Oakes* (1983), 145 D.L.R. (3d) 123)

Martin J.A., writing for a unanimous court, dismissed the appeal and held the reverse onus provision in s. 8 of the *Narcotic Control Act* unconstitutional.

Martin J.A. stated that, as a general rule, a reverse onus clause which places a burden on the

À la suite de cette conclusion, M. Oakes a présenté une requête en contestation de la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, qui, selon lui, impose à un accusé l'obligation de prouver qu'il n'était pas en possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic et constitue de ce fait une violation de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*.

b

Les jugements

- a) Cour provinciale de l'Ontario (*R. v. Oakes* (1982), 38 O.R. (2d) 598)

Au procès, le juge Walker de la Cour provinciale a emprunté les termes utilisés par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *R. c. Shelley*, [1981] 2 R.C.S. 196, à la p. 202, et a conclu qu'il n'y avait aucun lien rationnel ou nécessaire entre le fait prouvé, *c.-à-d.* la possession du stupéfiant, et la conclusion qu'on lui demandait de tirer, savoir qu'il s'agissait d'une possession à des fins de trafic. Le juge Walker a conclu que, dans la mesure où l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* requiert cette présomption et la déclaration de culpabilité qui en résulte, il va à l'encontre de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte* et est en conséquence inopérant.

Le juge Walker a ajouté que l'inversion de la charge de la preuve effectuée par l'art. 8 n'aurait pas été entachée d'invalidité si le ministère public avait produit une preuve de possession ainsi que des éléments de preuve permettant de conclure hors de tout doute raisonnable qu'il s'agissait d'une possession à des fins de trafic. Si cela était fait, il y aurait un lien rationnel suffisant entre le fait de la possession et le fait présumé, *c.-à-d.* le trafic.

- b) Cour d'appel de l'Ontario (*R. v. Oakes* (1983), 145 D.L.R. (3d) 123)

La Cour d'appel, s'exprimant par l'intermédiaire du juge Martin, a rejeté à l'unanimité l'appel et déclaré inconstitutionnelle la disposition de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* portant inversion de la charge de la preuve.

j

Le juge Martin a affirmé qu'en règle générale une disposition qui inverse la charge de la preuve

accused to disprove on a balance of probabilities an essential element of an offence contravenes the right to be presumed innocent. Nevertheless, he held that some reverse onus provisions may be constitutionally valid provided they constitute reasonable limitations on the right to be presumed innocent and are demonstrably justified in a free and democratic society.

To determine whether a particular reverse onus provision is legitimate, Martin J.A. outlined a two-pronged inquiry. First, it is necessary to pass a threshold test which he explained as follows, at p. 146:

The threshold question in determining the legitimacy of a particular reverse onus provision is whether the reverse onus clause is justifiable in the sense that it is reasonable for Parliament to place the burden of proof on the accused in relation to an ingredient of the offence in question. In determining the threshold question consideration should be given to a number of factors, including such factors as: (a) the magnitude of the evil sought to be suppressed, which may be measured by the gravity of the harm resulting from the offence or by the frequency of the occurrence of the offence or by both criteria; (b) the difficulty of the prosecution making proof of the presumed fact, and (c) the relative ease with which the accused may prove or disprove the presumed fact. Manifestly, a reverse onus provision placing the burden of proof on the accused with respect to a fact which it is not rationally open to him to prove or disprove cannot be justified.

If the reverse onus provision meets these criteria, due regard having been given to Parliament's assessment of the need for the provision, a second test must then be satisfied. This second test was described by Martin J.A. as the "rational connection test". According to it, to be reasonable, the proven fact (*e.g.*, possession) must rationally tend to prove the presumed fact (*e.g.*, an intention to traffic). In other words, the proven fact must raise a probability that the presumed fact exists.

de manière à obliger l'accusé à prouver selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un élément essentiel d'une infraction contrevient au droit d'être présumé innocent. Néanmoins, il a conclu que certaines dispositions portant inversion de la charge de la preuve peuvent être constitutionnelles pour peu qu'elles constituent des restrictions raisonnables au droit d'être présumé innocent et que la justification de ces restrictions puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le juge Martin a énoncé une question à deux volets qu'il faut se poser pour déterminer si, dans un cas donné, une disposition portant inversion de la charge de la preuve est légitime. Ainsi, il faut d'abord satisfaire à un critère préliminaire que le juge Martin explique de la façon suivante à la p. 146:

[TRADUCTION] Pour décider de la légitimité d'une disposition particulière portant inversion de la charge de la preuve, il faut d'abord et avant tout se demander si cette disposition est justifiable en ce sens qu'il est raisonnable que le législateur impose à l'accusé la charge de la preuve relativement à un élément de l'infraction en cause. Pour répondre à cette question préliminaire il faut prendre en considération un certain nombre de facteurs dont: a) l'ampleur du mal à réprimer, qui peut être mesurée par la gravité du préjudice résultant de l'infraction ou par la fréquence de la perpétration de l'infraction, ou par les deux critères, b) la difficulté que peut éprouver la poursuite à établir le fait présumé, et c) la facilité relative avec laquelle l'accusé pourra prouver l'existence ou l'inexistence du fait présumé. Manifestement, une disposition imposant à l'accusé la charge de la preuve à l'égard d'un fait dont, logiquement, il n'est pas à même de prouver l'existence ou l'inexistence n'est guère justifiable.

Si, après qu'on a dûment tenu compte de la détermination par le législateur de la nécessité d'une telle disposition, la disposition portant inversion de la charge de la preuve répond à ces critères, elle doit alors satisfaire à un autre. Il s'agit de ce que le juge Martin a décrit comme le [TRADUCTION] «critère du lien rationnel». Suivant ce critère, pour être raisonnable, le fait prouvé (par ex., la possession) doit logiquement tendre à établir le fait présumé (par ex., l'intention de faire le trafic). En d'autres termes, le fait prouvé doit soulever la probabilité de l'existence du fait présumé.

In considering s. 8 of the *Narcotic Control Act*, Martin J.A. focused primarily on the second test at p. 147:

I have reached the conclusion that s. 8 of the *Narcotic Control Act* is constitutionally invalid because of the lack of a rational connection between the proved fact (possession) and the presumed fact (an intention to traffic) . . . Mere possession of a small quantity of a narcotic drug does not support an inference of possession for the purpose of trafficking or even tend to prove an intent to traffic. Moreover, upon proof of possession, s. 8 casts upon the accused the burden of disproving not some formal element of the offence but the burden of disproving the very essence of the offence.

Martin J.A. added that it is not for courts to attempt to rewrite s. 8 by applying it on a case by case basis. Furthermore, where a rational connection does exist between possession and the presumed intention to traffic, such as "where the possession of a narcotic drug is of such a nature as to be indicative of trafficking, the common sense of a jury can ordinarily be relied upon to arrive at a proper conclusion". There would not, therefore, be any need for a statutory presumption.

One final note should be made regarding Martin J.A.'s judgment. In assessing whether or not s. 8 was a reasonable limitation on the constitutional protection of the presumption of innocence, Martin J.A. combined the analysis of s. 11(d) with s. 1. He held that the requirements of s. 1, that a limitation be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, provided the standard for interpreting the phrase "according to law" in s. 11(d).

IV

The Issues

The constitutional question in this appeal is stated as follows:

Is s. 8 of the *Narcotic Control Act* inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thus of no force and effect?

Dans son analyse de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge Martin s'est arrêté principalement au second critère à la p. 147:

[TRADUCTION] J'en suis venu à la conclusion que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est inconstitutionnel en raison de l'absence d'un lien rationnel entre le fait prouvé (la possession) et le fait présumé (l'intention de faire le trafic) . . . La simple possession d'une faible quantité d'un stupéfiant ne permet pas de conclure à la possession à des fins de trafic ou encore ne tend même pas à prouver une intention de se livrer au trafic. En outre, du moment que la possession est prouvée, l'art. 8 impose à l'accusé la charge de prouver l'inexistence non pas de quelque élément formel de l'infraction mais de l'essence même de celle-ci.

Le juge Martin ajoute qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'essayer de reformuler l'art. 8 en l'appliant cas par cas. De plus, lorsqu'il existe un lien rationnel entre la possession et l'intention présumée de faire le trafic, comme [TRADUCTION] «dans le cas où la possession d'un stupéfiant est de nature à constituer une indication du trafic de celui-ci, on peut ordinairement compter sur le bon sens du jury pour que celui-ci tire la bonne conclusion». Aucune présomption légale ne serait alors nécessaire.

Une dernière observation s'impose relativement aux motifs du juge Martin. Dans son étude de la question de savoir si l'art. 8 constitue une restriction raisonnable de la protection constitutionnelle accordée à la présomption d'innocence, le juge Martin a rapproché l'al. 11d) de l'article premier. Il a conclu que l'exigence de l'article premier qu'une restriction soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique constitue la norme applicable à l'interprétation de l'expression «conformément à la loi» que l'on trouve à l'al. 11d).

IV

i Les questions en litige

La question constitutionnelle formulée dans le présent pourvoi est la suivante:

L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, inopérant?

Two specific questions are raised by this general question: (1) does s. 8 of the *Narcotic Control Act* violate s. 11(d) of the *Charter*; and, (2) if it does, is s. 8 a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purpose of s. 1 of the *Charter*? If the answer to (1) is affirmative and the answer to (2) negative, then the constitutional question must be answered in the affirmative.

V

Does s. 8 of the *Narcotic Control Act* Violate s. 11(d) of the *Charter*?

(a) The Meaning of s. 8

Before examining the presumption of innocence contained in s. 11(d) of the *Charter*, it is necessary to clarify the meaning of s. 8 of the *Narcotic Control Act*. The procedural steps contemplated by s. 8 were clearly outlined by Branca J.A. in *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235 (B.C.C.A.), at p. 247:

(A) The accused is charged with possession of a forbidden drug for the purpose of trafficking.

(B) The trial of the accused on this charge then proceeds as if it was a prosecution against the accused on a simple charge of possession of the forbidden drug

(C) When the Crown has adduced its evidence on the basis that the charge was a prosecution for simple possession, the accused is then given the statutory right or opportunity of making a full answer and defence to the charge of simple possession

(D) When this has been done the Court must make a finding as to whether the accused was in possession of narcotics contrary to s. 3 of the new Act. (Unlawful possession of a forbidden narcotic drug).

(E) Assuming that the Court so finds, it is then that an onus is placed upon the accused in the sense that an opportunity must be given to the accused of establishing that he was not in possession of a narcotic for the purpose of trafficking.

(F) When the accused has been given this opportunity the prosecutor may then establish that the possession of the accused was for the purpose of trafficking

Cette question générale soulève deux questions précises: (1) l'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevient-il à l'al. 11d) de la *Charte*? et (2) dans l'affirmative, l'art. 8 constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'art. 1 de la *Charte*? Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la première question et d'une réponse négative à la seconde, la question constitutionnelle doit alors recevoir une réponse affirmative.

V

L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevient-il à l'al. 11d) de la *Charte*?

a) Le sens de l'art. 8

Avant d'examiner la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*, il est nécessaire de préciser le sens de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Dans l'arrêt *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235 (C.A.C.-B.), à la p. 247, le juge Branca expose clairement les étapes de la procédure prévue par l'art. 8:

[TRADUCTION] A) L'accusé est inculpé de possession d'un stupéfiant prohibé en vue d'en faire le trafic.

B) Le procès de l'accusé relativement à cette accusation est alors instruit comme s'il s'agissait d'une poursuite relativement à une simple accusation de possession du stupéfiant prohibé

C) Lorsque le ministère public a administré sa preuve comme s'il s'agissait d'une poursuite pour simple possession, la loi accorde à l'accusé le droit ou la possibilité de présenter une défense complète relativement à l'accusation de simple possession

D) Ceci fait, la cour doit statuer sur la question de savoir si l'accusé était en possession d'un stupéfiant contrairement à l'art. 3 de la nouvelle Loi. (Possession d'un stupéfiant prohibé).

E) Si la cour conclut à la possession, c'est alors à ce moment que la charge de la preuve est imposée à l'accusé en ce sens qu'on doit lui fournir l'occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic.

F) Quand l'accusé a eu cette possibilité, la poursuite peut alors tenter d'établir que l'accusé était en possession du stupéfiant pour en faire le trafic

(G) It is then that the Court must find whether or not the accused has discharged the onus placed upon him under and by the said section.

(H) If the Court so finds, the accused must be acquitted of the offence as charged, namely, possession for the purpose of trafficking, but in that event the accused must be convicted of the simple charge of unlawful possession of a forbidden narcotic

(I) If the accused does not so establish he must then be convicted of the full offence as charged.

Mr. Justice Branca then added at pp. 247-48:

It is quite clear to me that under s. 8 of the new Act the trial must be divided into two phases. In the first phase the sole issue to be determined is whether or not the accused is guilty of simple possession of a narcotic. This issue is to be determined upon evidence relevant only to the issue of possession. In the second phase the question to be resolved is whether or not the possession charged is for the purpose of trafficking.

Against the backdrop of these procedural steps, we must consider the nature of the statutory presumption contained in s. 8 and the type of burden it places on an accused. The relevant portions of s. 8 read:

8. . . if the court finds that the accused was in possession of the narcotic . . . he shall be given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking . . . if the accused fails to establish that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged

In determining the meaning of these words, it is helpful to consider in a general sense the nature of presumptions. Presumptions can be classified into two general categories: presumptions without basic facts and presumptions with basic facts. A presumption without a basic fact is simply a conclusion which is to be drawn until the contrary is proved. A presumption with a basic fact entails a conclusion to be drawn upon proof of the basic fact (see *Cross on Evidence*, 5th ed., at pp. 122-23).

Basic fact presumptions can be further categorized into permissive and mandatory presumptions.

G) C'est alors que la cour doit décider si l'accusé s'est acquitté de l'obligation que lui impose ledit article.

H) Si la cour conclut par l'affirmative, l'accusé doit être acquitté de l'infraction imputée, savoir la possession en vue de faire le trafic, mais, dans ce cas-là, il doit être déclaré coupable de l'infraction de simple possession d'un stupéfiant prohibé

I) Si l'accusé ne réussit pas à démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit alors être reconnu coupable de l'infraction imputée.

Le juge Branca ajoute ensuite, aux pp. 247 et 248:

[TRADUCTION] Il est très clair dans mon esprit que l'art. 8 de la nouvelle Loi exige un procès en deux étapes. À la première étape, la seule question qu'il faut résoudre est de savoir si l'accusé est coupable de simple possession d'un stupéfiant. Cette question doit être tranchée en fonction des éléments de preuve qui se rapportent uniquement à la possession. À la seconde étape, la question à trancher est de savoir si la possession imputée était pour des fins de trafic.

Compte tenu de ces étapes de la procédure, nous devons étudier la nature de la présomption légale établie par l'art. 8 ainsi que le genre de charge qu'elle impose à un accusé. Voici les parties pertinentes de l'art. 8:

8. . . si elle [la cour] constate qu'il était en possession du stupéfiant . . . il doit être fourni à l'accusé une occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic . . . si l'accusé ne démontre pas qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être déclaré coupable de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation

Pour déterminer le sens de ces mots, il est utile de procéder à un examen général de la nature des présomptions. Les présomptions peuvent être rangées dans deux catégories générales: les présomptions non fondées sur des faits établis et les présomptions fondées sur des faits établis. Une présomption non fondée sur un fait établi est simplement une conclusion qui doit être tirée tant qu'on n'a pas prouvé le contraire. Une présomption fondée sur un fait établi consiste en une conclusion qui repose sur la preuve de ce fait (voir *Cross on Evidence*, 5th ed., aux pp. 122 et 123).

Quant aux présomptions fondées sur des faits établis, elles peuvent créer une faculté ou être

A permissive presumption leaves it optional as to whether the inference of the presumed fact is drawn following proof of the basic fact. A mandatory presumption requires that the inference be made.

Presumptions may also be either rebuttable or irrebuttable. If a presumption is rebuttable, there are three potential ways the presumed fact can be rebutted. First, the accused may be required merely to raise a reasonable doubt as to its existence. Secondly, the accused may have an evidentiary burden to adduce sufficient evidence to bring into question the truth of the presumed fact. Thirdly, the accused may have a legal or persuasive burden to prove on a balance of probabilities the non-existence of the presumed fact.

Finally, presumptions are often referred to as either presumptions of law or presumptions of fact. The latter entail "frequently recurring examples of circumstantial evidence" (*Cross on Evidence, supra*, at p. 124) while the former involve actual legal rules.

To return to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, it is my view that, upon a finding beyond a reasonable doubt of possession of a narcotic, the accused has the legal burden of proving on a balance of probabilities that he or she was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking. Once the basic fact of possession is proven, a mandatory presumption of law arises against the accused that he or she had the intention to traffic. Moreover, the accused will be found guilty of the offence of trafficking unless he or she can rebut this presumption on a balance of probabilities. This interpretation of s. 8 is supported by the courts in a number of jurisdictions: *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92 (P.E.I.S.C. *in banco*); *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419 (N.S.C.A.); *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227 (N.B.C.A.); *R. v. Landry* (1983), 7 C.C.C. (3d) 555 (Que. C.A.); *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337 (Alta. C.A.).

In some decisions it has been held that s. 8 of the *Narcotic Control Act* is constitutional because

impératives. Dans le cas d'une présomption créant une faculté, dès lors qu'il y a un fait établi, on est libre d'en déduire ou ne pas en déduire le fait présumé. Si, par contre, il s'agit d'une présomption impérative, cette déduction est obligatoire.

Une présomption peut aussi être réfutable ou irréfutable. Si elle est réfutable, il y a trois moyens possibles de combattre le fait présumé. Premièrement, l'accusé pourra avoir simplement à susciter un doute raisonnable quant à l'existence de ce fait. Deuxièmement, il pourra avoir la charge de produire une preuve suffisante pour mettre en doute l'exactitude du fait présumé. Troisièmement, il pourra avoir à s'acquitter d'une charge ultime ou d'une charge de persuasion qui l'oblige à prouver selon la prépondérance des probabilités l'inexistence du fait présumé.

Enfin, les présomptions sont souvent décrites comme étant soit des présomptions de droit, soit des présomptions de fait. Ces dernières comportent des [TRADUCTION] «exemples fréquents de preuve indirecte» (*Cross on Evidence*, précité, à la p. 124), alors que les premières comportent des règles de droit expresses.

Revenons à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Selon moi, dès qu'on conclut hors de tout doute raisonnable que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, celui-ci a la charge ultime de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession de ce stupéfiant pour en faire le trafic. Une fois prouvée, la possession fait naître à l'encontre de l'accusé la présomption de droit impérative qu'il avait l'intention de se livrer au trafic. De plus, l'accusé sera reconnu coupable de l'infraction de trafic, à moins qu'il ne puisse, par une preuve selon la prépondérance des probabilités, réfuter cette présomption. Les cours de plusieurs ressorts ont appuyé cette interprétation de l'art. 8; *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92 (C.S.I.-P.-É. *in banco*); *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419 (C.A.N.-É.); *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227 (C.A.N.-B.); *R. v. Landry*, (1983) 7 C.C.C. (3d) 555 (C.A. Qué.); *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337 (C.A. Alb.)

Dans certaines décisions, on a conclu à la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*

it places only an evidentiary burden rather than a legal burden on the accused. The ultimate legal burden to prove guilt beyond a reasonable doubt remains with the Crown and the presumption of innocence is not offended. (*R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31 (Ont. Co. Ct.); *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488 (Sask. Q.B.); *R. v. Kupczynski*, (June 23, 1982, unreported, Ont. Co. Ct.))

This same approach was relied on in *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75 (Ont. C.A.), a *Canadian Bill of Rights* decision on the presumption of innocence. In that case, a provision in the *Opium and Narcotic Drug Act*, R.S.C. 1952, c. 201, similar to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, was interpreted as shifting merely the secondary burden of adducing evidence onto the accused. The primary onus remained with the Crown. In *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1 (B.C.C.A.), the British Columbia Court of Appeal held that s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights* had not been infringed because s. 33 of the *Food and Drugs Act*, (now R.S.C. 1970, c. F-27, s. 35) required only that an accused raise a reasonable doubt that the purpose of his or her possession was trafficking. This decision, however, was not followed in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, nor in *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216 (B.C.C.A.)

Those decisions which have held that only the secondary or evidentiary burden shifts are not persuasive with respect to the *Narcotic Control Act*. As Ritchie J. found in *R. v. Appleby*, *supra*, (though addressing a different statutory provision) the phrase "to establish" is the equivalent of "to prove". The legislature, by using the word "establish" in s. 8 of the *Narcotic Control Act*, intended to impose a legal burden on the accused. This is most apparent in the words "if the accused fails to establish that he was not in possession of the

parce qu'il impose à l'accusé une simple charge de présentation plutôt qu'une charge ultime. Le ministère public a toujours la charge ultime de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable et il n'y a aucune atteinte à la présomption d'innocence. (*R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31 (C. de comté Ont.); *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488 (B.R. Sask.); *R. v. Kupczynski* (décision inédite en date du 23 juin 1982, C. de comté Ont.))

Ce même point de vue a été invoqué dans l'arrêt *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75 (C.A. Ont.), où il était question de la présomption d'innocence, mais dans le contexte de la *Déclaration canadienne des droits*. Suivant l'interprétation qu'on a donnée dans cette affaire à une disposition de la *Loi sur l'opium et les drogues narcotiques*, S.R.C. 1952, chap. 201, cette disposition, qui était semblable à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, ne reportait sur l'accusé que la charge secondaire de produire des éléments de preuve. Quant à la charge principale, elle continuait d'incomber au ministère public. Dans l'arrêt *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1 (C.A.C.-B.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits* parce que l'art. 33 de la *Loi des aliments et drogues* (l'actuel S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 35) exigeait simplement d'un accusé qu'il fasse naître un doute raisonnable sur la question de savoir s'il s'agissait d'une possession à des fins de trafic. Toutefois, cet arrêt n'a été suivi ni dans l'arrêt *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, ni dans l'arrêt *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216 (C.A.C.-B.).

Les décisions établissant que seule la charge secondaire ou la charge de présentation est déplacée n'ont aucune force persuasive pour ce qui est de la *Loi sur les stupéfiants*. Comme l'a conclu le juge Ritchie dans l'arrêt *R. c. Appleby*, précité, (quoique relativement à une disposition législative différente), le terme «établir» équivaut à «prouver». En employant le mot «démontrer» à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le législateur a voulu imposer à l'accusé une charge ultime. C'est ce qui ressort on ne peut plus clairement de la phrase

narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged".

In the *Appleby* case, Ritchie J. also held that the accused is required to disprove the presumed fact according to the civil standard of proof, on a balance of probabilities. He rejected the criminal standard of beyond a reasonable doubt, relying, *inter alia*, upon the following passage from the House of Lords' decision in *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226, at p. 232:

Generally speaking, no onus lies upon a defendant in criminal proceedings to prove or disprove any fact: it is sufficient for his acquittal if any of the facts which, if they existed, would constitute the offence with which he is charged are "not proved". But exceptionally, as in the present case, an enactment creating an offence expressly provides that if other facts are proved, a particular fact, the existence of which is a necessary factual ingredient of the offence, shall be presumed or deemed to exist "unless the contrary is proved". In such a case the consequence of finding that that particular fact is "disproved" will be an acquittal, whereas the absence of such a finding will have the consequence of a conviction. Where this is the consequence of a fact's being "disproved" there can be no grounds in public policy for requiring that exceptional degree of certainty as excludes all reasonable doubt that that fact does not exist. In their Lordships' opinion the general rule applies in such a case and it is sufficient if the court considers that upon the evidence before it it is more likely than not that the fact does not exist. The test is the same as that applied in civil proceedings: the balance of probabilities.

I conclude that s. 8 of the *Narcotic Control Act* contains a reverse onus provision imposing a legal burden on an accused to prove on a balance of probabilities that he or she was not in possession of a narcotic for the purpose of trafficking. It is therefore necessary to determine whether s. 8 of the *Narcotic Control Act* offends the right to be "presumed innocent until proven guilty" as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*.

La phrase suivante: «si l'accusé ne démontre pas qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être déclaré coupable de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation».

a

Dans l'arrêt *Appleby*, le juge Ritchie a conclu en outre que l'accusé doit prouver l'inexistence du fait présumé selon la norme de preuve en matière civile, savoir celle de la prépondérance des probabilités. Il a rejeté la norme d'une preuve hors de tout doute raisonnable applicable en matière criminelle, en se fondant notamment sur le passage suivant tiré de l'arrêt de la Chambre des lords *b Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226, à la p. 232:

[TRADUCTION] En règle générale, dans des procédures criminelles, le défendeur n'a pas à prouver ou à réfuter quelque fait que ce soit: pour qu'il soit acquitté, il suffit que l'un des faits qui, s'il existait, constituerait l'infraction dont il est accusé, «ne soit pas prouvé». Mais il arrive exceptionnellement, comme en l'espèce, que la loi créant une infraction prévoit expressément que si d'autres faits sont prouvés, un fait précis, dont l'existence constitue un élément essentiel de l'infraction, sera présumé ou réputé exister «à moins que le contraire ne soit prouvé». En pareil cas, la conclusion que ce fait précis est «réfuté» entraîne un acquittement, alors que l'absence d'une telle conclusion entraîne une déclaration de culpabilité. Lorsque c'est là le résultat de la «réfutation» d'un fait, il ne peut y avoir, dans l'intérêt public, de motif d'exiger un degré exceptionnel de certitude tel qu'il lève tout doute raisonnable que ce fait n'existe pas. *c* À notre avis, en pareil cas, la règle générale s'applique et il suffit que la cour considère, compte tenu de la preuve à sa disposition, que le fait n'existe probablement pas. Le critère est le même que celui qui s'applique dans les procédures civiles: celui de la prépondérance des probabilités.

d

e Je conclus que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contient une disposition qui inverse la charge de la preuve en imposant à l'accusé la charge ultime de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic. Il est donc nécessaire d'établir si l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* porte atteinte au droit d'un inculpé d'être «présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable», garanti par l'al. 11d) de la *Charte*.

(b) The Presumption of Innocence and s. 11(d) of the Charter

Section 11(d) of the *Charter* constitutionally entrenches the presumption of innocence as part of the supreme law of Canada. For ease of reference, I set out this provision again:

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

To interpret the meaning of s. 11(d), it is important to adopt a purposive approach. As this Court stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344:

The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms

To identify the underlying purpose of the *Charter* right in question, therefore, it is important to begin by understanding the cardinal values it embodies.

The presumption of innocence is a hallowed principle lying at the very heart of criminal law. Although protected expressly in s. 11(d) of the *Charter*, the presumption of innocence is referable and integral to the general protection of life, liberty and security of the person contained in s. 7 of the *Charter* (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, *per* Lamer J.) The presumption of innocence protects the fundamental liberty and human dignity of any and every person accused by the State of criminal conduct. An individual charged with a criminal offence faces grave social and personal consequences, including potential loss of physical liberty, subjection to

b) La présomption d'innocence et l'al. 11d) de la Charte

L'alinéa 11d) de la *Charte* enchâsse la présomption d'innocence dans la Constitution qui est la loi suprême du Canada. Par souci de commodité, je reproduis de nouveau cette disposition:

11. Tout inculpé a le droit:

b) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

c) Il importe dans l'interprétation de l'al. 11d) de tenir compte de son objet. Comme l'a souligné cette Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344:

d) Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

e) À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchaînés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers

f) Par conséquent, pour identifier l'objet qui soutient le droit garanti par la *Charte* dont il est question en l'espèce, il est important de commencer par comprendre les valeurs fondamentales inhérentes à ce droit.

g) La présomption d'innocence est un principe sacré qui se trouve au cœur même du droit criminel. Bien qu'elle soit expressément garantie par l'al. 11d) de la *Charte*, la présomption d'innocence relève et fait partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, contenue à l'art. 7 de la *Charte* (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer). La présomption d'innocence a pour effet de sauvegarder la liberté fondamentale et la dignité humaine de toute personne que l'État accuse d'une conduite criminelle. Un individu accusé d'avoir commis une infraction criminelle s'expose à de lourdes conséquences

1986-46

social stigma and ostracism from the community, as well as other social, psychological and economic harms. In light of the gravity of these consequences, the presumption of innocence is crucial. It ensures that until the State proves an accused's guilt beyond all reasonable doubt, he or she is innocent. This is essential in a society committed to fairness and social justice. The presumption of innocence confirms our faith in humankind; it reflects our belief that individuals are decent and law-abiding members of the community until proven otherwise.

The presumption of innocence has enjoyed long-standing recognition at common law. In the leading case, *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), Viscount Sankey wrote at pp. 481-82:

Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen, that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject to what I have already said as to the defence of insanity and subject also to any statutory exception. If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner, as to whether the prisoner killed the deceased with a malicious intention, the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained.

Subsequent Canadian cases have cited the *Woolmington* principle with approval (see, for example, *Manchuk v. The King*, [1938] S.C.R. 341, at p. 349; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at p. 1316).

Further evidence of the widespread acceptance of the principle of the presumption of innocence is its inclusion in the major international human rights documents. Article 11(I) of the *Universal Declaration of Human Rights*, adopted December 10, 1948 by the General Assembly of the United Nations, provides:

1986 CanLII 46 SEC

sociales et personnelles, y compris la possibilité de privation de sa liberté physique, l'opprobre et l'ostracisme de la collectivité, ainsi que d'autres préjugés sociaux, psychologiques et économiques. Vu la gravité de ces conséquences, la présomption d'innocence revêt une importance capitale. Elle garantit qu'un accusé est innocent tant que l'État n'a pas prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Voilà qui est essentiel dans une société qui prône l'équité et la justice sociale. La présomption d'innocence confirme notre foi en l'humanité; elle est l'expression de notre croyance que, jusqu'à preuve contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois.

La présomption d'innocence a depuis fort long temps droit de cité en *common law*. Dans l'arrêt de principe *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), le vicomte Sankey écrit aux pp. 481 et 482:

[TRADUCTION] Dans toute la toile du droit criminel anglais se retrouve toujours un certain fil d'or, soit le devoir de la poursuite de prouver la culpabilité du prévenu, sous réserve de ce que j'ai déjà dit à propos de la défense excitant de l'aliénation mentale et sous réserve, également, de toute exception créée par la loi. Si, à l'issue des débats, la preuve produite, soit par la poursuite, soit par le prévenu, fait naître un doute raisonnable quant à savoir si ce dernier a tué la victime avec prémeditation, la poursuite a échoué et le prévenu a droit à un acquittement. Peu importe la nature de l'accusation ou le lieu du procès, le principe obligeant la poursuite à prouver la culpabilité du prévenu est consacré dans la *common law* d'Angleterre et toute tentative d'y porter atteinte doit être repoussée.

Le principe posé dans l'arrêt *Woolmington* a par la suite été cité et approuvé dans des arrêts canadiens (voir, par exemple, *Manchuk v. The King*, [1938] R.C.S. 341, à la p. 349; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, à la p. 1316).

L'acceptation générale du principe de la présomption d'innocence ressort en outre de son inclusion dans les plus importants documents internationaux relatifs aux droits de la personne. Le paragraphe 11(I) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies, dispose:

Article 11

I. Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.

In the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 1966, art. 14(2) states:

Article 14

2. Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.

Canada acceded to this Covenant, and the Optional Protocol which sets up machinery for implementing the Covenant, on May 19, 1976. Both came into effect on August 19, 1976.

In light of the above, the right to be presumed innocent until proven guilty requires that s. 11(d) have, at a minimum, the following content. First, an individual must be proven guilty beyond a reasonable doubt. Second, it is the State which must bear the burden of proof. As Lamer J. stated in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 357:

Section 11(d) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond, either by testifying or calling other evidence.

Third, criminal prosecutions must be carried out in accordance with lawful procedures and fairness. The latter part of s. 11(d), which requires the proof of guilt "according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal", underlines the importance of this procedural requirement.

(c) Authorities on Reverse Onus Provisions and the Presumption of Innocence

Having considered the general meaning of the presumption of innocence, it is now, I think, desirable to review briefly the authorities on reverse onus clauses in Canada and other jurisdictions.

Article 11

I. Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées.

Le paragraphe 14(2) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 1966, porte:

b Article 14

2. Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

c Le Canada a adhéré à ce pacte ainsi qu'au Protocole facultatif prévoyant les modalités d'application du Pacte, le 19 mai 1976. Les deux sont entrés en vigueur le 19 août 1976.

d Compte tenu de ce qui précède, le droit, prévu par l'al. 11d), d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable exige à tout le moins que, premièrement, la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable et, deuxièmement, que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve. Comme l'affirme le juge Lamer dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 357:

L'alinéa 11d) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en citant d'autres témoins.

g Troisièmement, les poursuites criminelles doivent se dérouler d'une manière conforme aux procédures légales et à l'équité. L'importance de ces dernières ressort de la dernière partie de l'al. 11d) qui pose comme exigence que la culpabilité soit établie h «conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable».

i c) Jurisprudence relative aux dispositions portant inversion de la charge de la preuve et à la présomption d'innocence

j Ayant étudié le sens général de la présomption d'innocence, je crois qu'il convient maintenant de passer brièvement en revue la jurisprudence canadienne et celle d'autres ressorts traitant des dispositions portant inversion de la charge de la preuve.

(i) The Canadian Bill of Rights Jurisprudence

Section 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*, which safeguards the presumption of innocence, provides:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(f) deprive a person charged with a criminal offence of the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal

The wording of this section closely parallels that of s. 11(d). For this reason, one of the Crown's primary contentions is that the *Canadian Bill of Rights* jurisprudence should be determinative of the outcome of the present appeal.

The leading case decided under s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights* and relied on by the Crown, is *R. v. Appleby, supra*. In that case, the accused had challenged s. 224A(1)(a) (now s. 237(1)(a)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which imposes a burden upon an accused to prove that he or she, though occupying the driver's seat, did not enter the vehicle for the purpose of setting it in motion and did not, therefore, have care and control. This Court rejected the arguments of the accused that s. 2(f) had been violated; it relied on the *Woolmington* case which held that the presumption of innocence was subject to "statutory exceptions". As Ritchie J. stated in his judgment for the majority at pp. 315-16:

It seems to me, therefore, that if *Woolmington's* case is to be accepted, the words "presumed innocent until proved guilty according to law . . ." as they appear in

(i) Jurisprudence relative à la Déclaration canadienne des droits

L'alinéa 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, qui protège la présomption d'innocence, est ainsi rédigé:

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, b doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne c doit s'interpréter ni s'appliquer comme

f) privant une personne accusée d'un acte criminel du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie en conformité d de la loi, après une audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé

Le texte de cette disposition se rapproche de celui de l'al. 11d). Pour cette raison, le ministère public avance parmi ses arguments principaux que ce pourvoi doit être tranché en fonction de la jurisprudence relative à la *Déclaration canadienne des droits*.

f L'arrêt de principe portant sur l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, invoqué par le ministère public, est l'arrêt *R. c. Appleby*, précité. Dans cette affaire, l'accusé avait contesté la validité de l'al. 224A(1)a) (l'actuel al. 237(1)a)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, qui impose à l'accusé la charge de prouver que, même s'il occupait la place du conducteur d'un véhicule à moteur, il n'était pas entré dans ce véhicule afin de h le mettre en marche et que, par conséquent, il n'en n'avait ni la garde ni le contrôle. Cette Cour avait rejeté les arguments de l'accusé portant qu'il y i avait eu violation de l'al. 2f); elle s'était alors fondée sur l'arrêt *Woolmington* qui établit qu'on peut par voie de disposition législative déroger à la présomption d'innocence. Comme l'a dit le juge Ritchie dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité, aux pp. 315 et 316:

j Par conséquent, il me semble que si l'on doit accepter l'affaire *Woolmington*, les termes «du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa

s. 2(f) of the *Bill of Rights*, must be taken to envisage a law which recognizes the existence of statutory exceptions reversing the onus of proof with respect to one or more ingredients of an offence in cases where certain specific facts have been proved by the Crown in relation to such ingredients.

In a concurring opinion, Laskin J. (as he then was) put forward an alternative test. He chose not to follow Ritchie J.'s approach of reading a statutory exception limitation into the phrase "according to law" in s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*, and said at p. 317:

I do not construe s. 2(f) as self-defeating because of the phrase "according to law" which appears therein. Hence, it would be offensive to s. 2(f) for a federal criminal enactment to place upon the accused the ultimate burden of establishing his innocence with respect to any element of the offence charged. The "right to be presumed innocent", of which s. 2(f) speaks, is, in popular terms, a way of expressing the fact that the Crown has the ultimate burden of establishing guilt; if there is any reasonable doubt at the conclusion of the case on any element of the offence charged, an accused person must be acquitted. In a more refined sense, the presumption of innocence gives an accused the initial benefit of a right of silence and the ultimate benefit (after the Crown's evidence is in and as well any evidence tendered on behalf of the accused) of any reasonable doubt: see *Coffin v. U.S.* (1895), 156 U.S. 432 at 452.

Nevertheless, Laskin J. went on to hold that the presumption of innocence is not violated by "any statutory or non-statutory burden upon an accused to adduce evidence to neutralize, or counter on a balance of probabilities, the effect of evidence presented by the Crown" (p. 318). The test, according to Laskin J., is whether the legislative provision calls for a finding of guilt even though there is a reasonable doubt as to the culpability of the accused. This would seem to prohibit the imposition of any legal burden on the accused; however, Laskin J. upheld a statutory provision which would appear to have done precisely that.

In a subsequent case, *R. v. Shelley*, *supra*, involving a reverse onus provision regarding

culpabilité ait été établie en conformité de la loi . . . » à l'art. 2(f) de la *Déclaration des droits*, doivent être interprétés comme envisageant une loi qui reconnaît l'existence d'exceptions légales déplaçant le fardeau de la preuve en ce qui concerne un élément ou plus d'une infraction, lorsque certains faits précis ont été prouvés par la Couronne relativement à ces éléments.

Dans ses motifs concordants, le juge Laskin (alors juge puîné) a proposé un autre critère. En effet, à la différence du juge Ritchie, il a choisi de ne pas considérer comme une exception légale l'expression «en conformité de la loi» à l'al. 2(f) de la *Déclaration canadienne des droits* et, à la p. 317, il a dit ce qui suit:

Je ne considère pas que l'art. 2(f) s'annule lui-même à cause de l'expression «en conformité de la loi» qui y figure. Ainsi, une loi fédérale, en matière criminelle, qui imposerait à l'accusé l'obligation ultime de prouver son innocence relativement à tout élément de l'accusation portée contre lui, enfreindrait l'art. 2(f). Le «droit à la présomption d'innocence» dont parle l'art. 2(f) signifie, en termes populaires, que le fardeau ultime d'établir la culpabilité incombe au ministère public. Si, à la fin des plaidoiries, il existe un doute raisonnable relativement à tout élément de l'accusation, le prévenu doit être acquitté. Plus précisément, la présomption d'innocence donne au prévenu l'avantage initial du droit au silence et l'avantage ultime (après la présentation de la preuve du ministère public et de toute autre preuve pour le compte du prévenu) de tout doute raisonnable: voir *Coffin v. U.S.* (1895), 156 U.S. 432 à 452.

Néanmoins, le juge Laskin a ajouté qu'il n'y a pas de violation de la présomption d'innocence du fait «qu'un prévenu puisse avoir, en vertu d'une loi ou non, l'obligation de présenter une preuve pour neutraliser ou contrecarrer, par une balance des probabilités, l'effet de la preuve du ministère public» (à la p. 318). Selon le juge Laskin, le critère est de savoir si la disposition législative exige une déclaration de culpabilité même s'il subsiste un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Cela semblerait donc s'opposer à ce qu'une charge ultime soit imposée à l'accusé. Cependant, le juge Laskin a conclu à la validité d'une disposition législative qui paraît avoir eu précisément cet effet.

Par la suite, dans l'arrêt *R. c. Shelley*, précité, où il s'agissait d'une disposition qui inversait la

unlawful importation, Laskin C.J. discussed further the views he had articulated in *Appleby* at p. 200:

This Court held in *R. v. Appleby* that a reverse onus provision, which goes no farther than to require an accused to offer proof on a balance of probabilities, does not necessarily violate the presumption of innocence under s. 2(f). It would, of course, be clearly incompatible with s. 2(f) for a statute to put upon an accused a reverse onus of proving a fact in issue beyond a reasonable doubt. In so far as the onus goes no farther than to require an accused to prove an essential fact upon a balance of probabilities, the essential fact must be one which is rationally open to the accused to prove or disprove, as the case may be. If it is one which an accused cannot reasonably be expected to prove, being beyond his knowledge or beyond what he may reasonably be expected to know, it amounts to a requirement that is impossible to meet.

In addition, Laskin C.J. sowed the seeds for the development of a "rational connection test" for determining the validity of a reverse onus provision when he stated at p. 202:

It is evident to me in this case that there is on the record no rational or necessary connection between the fact proved, i.e. possession of goods of foreign origin, and the conclusion of unlawful importation which the accused under s. 248(1) must, to avoid conviction, disprove.

Although there are important lessons to be learned from the *Canadian Bill of Rights* jurisprudence, it does not constitute binding authority in relation to the constitutional interpretation of the Charter. As this Court held in *R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra*, the Charter, as a constitutional document, is fundamentally different from the statutory *Canadian Bill of Rights*, which was interpreted as simply recognizing and declaring existing rights. (See also *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, per Wilson J.; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, per Le Dain J.) In rejecting the *Canadian Bill of Rights* religion cases as determinative of the meaning of freedom of religion under the

charge de la preuve en matière d'importation illégale, le juge en chef Laskin a développé davantage l'opinion qu'il avait exprimée dans l'arrêt *Appleby* (à la p. 200):

- ^a Dans l'arrêt *R. c. Appleby*, cette Cour a décidé qu'une disposition qui prévoit le déplacement du fardeau de la preuve et qui n'exige rien de plus d'un accusé que la preuve selon la prépondérance des probabilités, ne viole pas nécessairement la présomption d'innocence de l'al. 2(f).
- ^b Bien sûr, il serait vraiment incompatible avec l'al. 2(f) qu'une loi oblige un accusé à prouver hors de tout doute raisonnable un fait en litige. Tant que le fardeau n'exige pas d'un accusé plus que la preuve d'un fait essentiel selon la prépondérance des probabilités, il doit s'agir d'un fait essentiel que l'accusé est en mesure d'établir ou de réfuter selon le cas. S'il s'agit d'un fait que l'accusé ne peut raisonnablement être en mesure de prouver, soit qu'il l'ignore ou qu'il ne peut raisonnablement être en mesure de le connaître, cela équivaut à une exigence impossible à remplir.

De plus, le juge en chef Laskin a jeté les bases de l'élaboration d'un «critère du lien rationnel» applicable à la détermination de la validité d'une disposition portant inversion de la charge de la preuve. À la page 202, il tient les propos suivants:

Il me paraît évident en l'espèce qu'il n'y a au dossier aucun lien rationnel ou nécessaire entre le fait prouvé, c.-à-d. la possession de marchandises d'origine étrangère, et la conclusion d'importation illégale que l'accusé doit réfuter en vertu du par. 248(1) pour ne pas être déclaré coupable.

Quoique la jurisprudence portant sur la *Déclaration canadienne des droits* soit très instructive, elle n'est nullement déterminante en ce qui concerne l'interprétation constitutionnelle de la Charte. Comme cette Cour l'a conclu dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, la Charte, en tant que document constitutionnel, diffère fondamentalement du texte législatif qu'est la *Déclaration canadienne des droits*, lequel a été interprété comme ne faisant que reconnaître et déclarer l'existence de droits déjà existants. (Voir également *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, le juge Wilson; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain.) En affirmant dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* que les affaires en matière religieuse décidées sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits* ne sauraient être déterminantes quant au sens qui

Charter in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, the Court had occasion to say at pp. 343-44:

I agree with the submission of the respondent that the *Charter* is intended to set a standard upon which present as well as future legislation is to be tested. Therefore the meaning of the concept of freedom of conscience and religion is not to be determined solely by the degree to which that right was enjoyed by Canadians prior to the proclamation of the *Charter*. For this reason, *Robertson and Rosetanni, supra*, cannot be determinative of the meaning of "freedom of conscience and religion" under the *Charter*. We must look, rather, to the distinctive principles of constitutional interpretation appropriate to expounding the supreme law of Canada.

With this in mind, one cannot but question the appropriateness of reading into the phrase "according to law" in s. 11(d) of the *Charter* the statutory exceptions acknowledged in *Woolmington* and in *Appleby*. The *Woolmington* case was decided in the context of a legal system with no constitutionally entrenched human rights document. In Canada, we have tempered parliamentary supremacy by entrenching important rights and freedoms in the Constitution. Viscount Sankey's statutory exception proviso is clearly not applicable in this context and would subvert the very purpose of the entrenchment of the presumption of innocence in the *Charter*. I do not, therefore, feel constrained in this case by the interpretation of s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights* presented in the majority judgment in *Appleby*. Section 8 of the *Narcotic Control Act* is not rendered constitutionally valid simply by virtue of the fact that it is a statutory provision.

(ii) Canadian Charter Jurisprudence

In addition to the present case, there have been a number of other provincial appellate level judgments addressing the meaning of the presumption of innocence contained in s. 11(d). This jurisprudence provides a comprehensive and persuasive source of insight into the questions raised in this appeal. In particular, six appellate level courts, in addition to the Ontario Court of Appeal, have held

doit être donné à la liberté de religion garantie par la *Charte*, la Cour a dit, aux pp. 343 et 344:

Je suis d'accord avec l'intimée que la *Charte* vise à établir une norme en fonction de laquelle les lois actuelles et futures seront appréciées. Donc, le sens du concept de la liberté de conscience et de religion ne doit pas être déterminé uniquement en fonction de la mesure dans laquelle les Canadiens jouissaient de ce droit avant la proclamation de la *Charte*. Pour cette raison, l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, ne peut être déterminant quant au sens qui doit être donné à la «liberté de conscience et de religion» garantie par la *Charte*. Il nous faut plutôt recourir aux principes distinctifs d'interprétation constitutionnelle applicables à la loi suprême du Canada.

Dans ce contexte, on ne peut que se demander s'il est approprié de voir dans l'expression «conformément à la loi» figurant à l'art. 11d) de la *Charte* les exceptions légales reconnues dans les arrêts *Woolmington* et *Appleby*. L'arrêt *Woolmington* est le produit d'un système juridique dans lequel les droits de la personne ne sont pas enchaînés dans un document constitutionnel. Au Canada, par contre, nous avons tempéré la primauté du Parlement par l'enchaînement de libertés et de droits importants dans la Constitution. La réserve des exceptions légales établie par le vicomte Sankey ne s'applique manifestement pas dans le contexte canadien, car elle irait à l'encontre de l'objet même de l'enchaînement de la présomption d'innocence dans la *Charte*. C'est pourquoi je ne me sens pas lié en l'espèce par l'interprétation qu'a donnée à l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits* la Cour à la majorité dans l'arrêt *Appleby*. L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* n'est pas constitutionnel du seul fait qu'il s'agit d'une disposition législative.

(ii) Jurisprudence relative à la Charte canadienne

Outre l'espèce, il y a eu plusieurs autres arrêts de cours d'appel provinciales qui ont traité du sens de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d). Ils constituent une jurisprudence détaillée et persuasive qui nous éclaire sur les questions soulevées dans le présent pourvoi. En particulier, outre la Cour d'appel de l'Ontario, six autres cours d'appel ont conclu que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*

that s. 8 of the *Narcotic Control Act* violates the *Charter*: *R. v. Carroll, supra*; *R. v. Cook, supra*; *R. v. O'Day, supra*; *R. v. Stanger, supra*; *R. v. Landry, supra*; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319 (B.C.C.A.).

Following the decision of the Ontario Court of Appeal in the present case, the Prince Edward Island Supreme Court (*in banc*) rendered its decision in *R. v. Carroll, supra*. Writing for the majority, MacDonald J. held at p. 105:

Unless a provision falls within s. 1 of the Charter, there cannot be a requirement that an accused must prove an essential positive element of the Crown's case other than by raising a reasonable doubt. The presumption of innocence cannot be said to exist if by shifting the persuasive burden the court is required to convict even if a reasonable doubt may be said to exist.

In a concurring judgment, Mitchell J. commented at pp. 107-08:

Section 11(d) gives an accused person the right to be presumed innocent until proven guilty. It follows that if an accused is to be presumed innocent until proven guilty, he must not be convicted unless and until the Crown has proven each and all of the elements necessary to constitute the crime.

Applying these legal conclusions to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, the Court held that s. 11(d) had been violated. As Mitchell J. stated at p. 108:

Under s. 8 an accused is not presumed innocent until proven guilty. He is only presumed innocent until found in possession. Once the Crown proves the accused had possession of the narcotic, he is presumed to be guilty of an intention to traffic until he proves otherwise.

The Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division, also concluded that s. 8 is an unconstitutional violation of the s. 11(d) presumption of innocence in its decision in *R. v. Cook, supra*. After reviewing *R. v. Oakes, supra*, and *R. v. Carroll, supra*, Hart J.A. concluded at pp. 435-36:

va à l'encontre de la *Charte*: *R. v. Carroll*, précité; *R. v. Cook*, précité; *R. v. O'Day*, précité; *R. v. Stanger*, précité; *R. v. Landry*, précité; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319 (C.A.C.-B.)

a

À la suite de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire, la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (*in banc*) a rendu l'arrêt *R. v. Carroll*, précité. Le juge MacDonald, qui a rédigé les motifs de la majorité conclut, à la p. 105:

[TRADUCTION] À moins qu'une disposition ne relève de l'art. 1 de la Charte, on ne peut exiger d'un accusé qu'il établisse un élément positif essentiel de la preuve du ministère public, si ce n'est en faisant naître un doute raisonnable. On ne peut pas dire que la présomption d'innocence existe si, en raison du déplacement de la charge de persuasion, la cour est tenue de rendre un verdict de culpabilité même si on peut dire qu'il existe un doute raisonnable.

Dans des motifs concordants, le juge Mitchell explique, aux pp. 107 et 108:

e [TRADUCTION] L'alinéa 11d) reconnaît à tout accusé le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable. Il s'ensuit que, si un accusé doit être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, aucun verdict de culpabilité ne doit être rendu, à moins que le ministère public n'ait établi chacun des éléments constitutifs du crime.

Appliquant ces conclusions de droit à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, la cour a conclu à la violation de l'al. 11d). Comme l'affirme le juge Mitchell, à la p. 108:

[TRADUCTION] Sous le régime de l'art. 8, un accusé n'est pas présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable. La présomption d'innocence ne joue que jusqu'au moment où l'on conclut qu'il était en possession d'un stupéfiant. Dès lors que le ministère public établit que l'accusé avait le stupéfiant en sa possession, il est, jusqu'à preuve contraire, présumé avoir eu l'intention de se livrer au trafic.

i Dans l'arrêt *R. v. Cook*, précité, la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a elle aussi jugé inconstitutionnel l'art. 8 du fait qu'il porte atteinte à la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d). Après avoir examiné les arrêts *R. v. Oakes* et *R. v. Carroll*, précités, le juge Hart conclut, aux pp. 435 et 436:

Section 8 of the *Narcotic Control Act* is a piece of legislation that attempts to relieve the Crown of its normal burden of proof by use of what is known as a reverse onus. Different types of reverse onus have been known to the law and proof of a case with the aid of a reverse onus can in my opinion, fall into the wording of s. 11(d) of the *Charter* as being proof "according to law" I know of no justification, however, for holding that it would be "according to law" to allow use of a reverse onus clause which permitted the Crown the assistance of a provision which relieved it from calling any probative evidence to establish one of the essential elements of an offence.

Although concurring in result, Jones J.A. maintained that the reasonableness test should be applied with respect to s. 1 and not with respect to the words "according to law" in s. 11(d).

The test of reasonableness should be available in considering the secondary question under s. 1 of the Charter. It is important that the burden of proof should be on the Crown to show that a statute which violates s. 11(d) of the Charter is demonstrably justified in a free and democratic society. (p. 439)

In *R. v. O'Day, supra*, the New Brunswick Court of Appeal struck down s. 8 of the *Narcotic Control Act* and registered its agreement with the three earlier provincial appellate level courts.

The Alberta Court of Appeal in *R. v. Stanger, supra*, also found s. 8 unconstitutional; however, the court was not unanimous in this conclusion. On the meaning of s. 11(d), Stevenson J.A., writing for the majority, paraphrased Martin J.A.'s comment in *Oakes* and stated at p. 351 that the presumption of innocence meant "first, that an accused is innocent until proven guilty in accordance with established procedure, and secondly, that guilt must be proven beyond a reasonable doubt". Mr. Justice Stevenson also cited MacDonald J.'s comment in *Carroll* that the presumption of innocence is maintained "as long as the prosecution has the final burden of establishing

[TRADUCTION] L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* tente, par le recours à ce qu'il est convenu d'appeler une inversion de la charge de la preuve, de dégager le ministère public de son fardeau normal en matière de preuve. On a connu en droit différents types de dispositions portant inversion de la charge de la preuve et, selon moi, une preuve établie à l'aide d'une telle disposition peut être visée par le texte de l'al. 11d) de la *Charte*, comme ayant été faite «conformément à la loi» ... Toutefois, à ce que je sache, rien ne justifie la conclusion qu'il serait «conforme à la loi» d'autoriser le recours à une disposition portant inversion de la charge de la preuve qui permet au ministère public de s'aider d'une disposition qui le dispense de produire une preuve probante quelconque visant à établir l'un des éléments essentiels d'une infraction.

Le juge Jones, quoique souscrivant à la conclusion de ses collègues, a soutenu que le critère du caractère raisonnable doit s'appliquer à l'égard de l'article premier et non pas à l'égard de l'expression «conformément à la loi» que l'on trouve à l'al. 11d).

[TRADUCTION] On doit pouvoir recourir au critère du caractère raisonnable dans l'examen de la question secondaire soulevée par l'article premier de la Charte. Il importe que ce soit au ministère public qu'il incombe de prouver qu'une loi qui viole l'al. 11d) de la Charte est manifestement justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. (p. 439)

Dans l'arrêt *R. v. O'Day*, précité, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a déclaré inconstitutionnel l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* et a exprimé son approbation des trois arrêts antérieurs rendus par des cours d'appel provinciales.

La Cour d'appel de l'Alberta, dans l'arrêt *R. v. Stanger*, précité, a également conclu à l'inconstitutionnalité de l'art. 8; cette conclusion n'a toutefois pas été unanime. En ce qui concerne le sens de l'al. 11d), le juge Stevenson, qui a rédigé les motifs de la majorité, a paraphrasé les observations faites par le juge Martin dans l'arrêt *Oakes*, disant à la p. 351 que la présomption d'innocence signifie [TRADUCTION] «en premier lieu, qu'un accusé est innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la procédure établie et, en deuxième lieu, que la culpabilité doit être prouvée hors de tout doute raisonnable». De plus, le juge Stevenson a cité l'observation du juge MacDonald dans l'ar-

guilt, on any element of the offence charged, beyond a reasonable doubt" (*supra*, p. 98).

ré^at *Carroll*, précité, portant que la présomption d'innocence vaut [TRADUCTION] «tant que la poursuite a la charge ultime d'établir hors de tout doute raisonnable . . . la culpabilité relativement à tout élément de l'infraction imputée» (précité, à la p. 98).

Je tiens à ajouter que c'est avec raison que, dans l'arrêt *Stanger*, la cour à la majorité a jugé inapplicable l'arrêt du Conseil privé *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648. Cette affaire concernait des dispositions de la Constitution de Singapour qui sont sensiblement différentes de celles de la *Charte*; en particulier, elles ne contiennent pas de reconnaissance explicite de la présomption d'innocence. De plus, le Conseil privé n'a pas estimé que ce principe était inhérent aux dispositions générales de la Constitution de Singapour pour garantir le caractère équitable des procédures.

Dans l'arrêt *R. v. Landry*, précité, la Cour d'appel du Québec a déclaré invalide l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Les conclusions de la cour portaient en outre sur l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, le juge Malouf faisant remarquer, à la p. 561:

[TRADUCTION] La *Déclaration des droits* et la Charte reconnaissent toutes deux à l'accusé le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la loi. Je ne puis admettre qu'un principe aussi élémentaire et fondamental puisse être écarté par une telle disposition portant inversion de la charge de la preuve.

Finally, in a very brief judgment, *R. v. Stock*, *supra*, the British Columbia Court of Appeal concurred with the Court of Appeal decisions reviewed above, endorsing in particular the Ontario Court of Appeal decision in *Oakes*. An earlier British Columbia Court of Appeal opinion, *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661 (B.C.C.A.), had dismissed an appeal from a ruling which had upheld the constitutionality of s. 8 of the *Narcotic Control Act*; however, the basis for the denial of the appeal was procedural. The court did not assess the constitutionality of s. 8 in relation to the presumption of innocence.

Il y a eu en outre plusieurs arrêts dans lesquels le sens de l'al. 11d) a été étudié en fonction

I should add that the majority, in *Stanger*, correctly rejected the applicability of the Privy Council decision in *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648. That case concerned constitutional provisions of Singapore which are significantly different from those of the *Charter*; in particular, they do not contain an explicit endorsement of the presumption of innocence. Moreover, the Privy Council did not read this principle into the general due process protections of the Constitution of Singapore.

In *R. v. Landry*, *supra*, the Quebec Court of Appeal invalidated s. 8 of the *Narcotic Control Act* and extended its conclusions to s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*. As Malouf J.A. stated at p. 561:

Both the *Bill of Rights* and the *Charter* recognize the right of an accused to be presumed innocent until proven guilty according to law. I cannot accept that such a basic and fundamental principle can be set aside by such a reverse onus provision.

Finally, in a very brief judgment, *R. v. Stock*, *supra*, the British Columbia Court of Appeal concurred with the Court of Appeal decisions reviewed above, endorsing in particular the Ontario Court of Appeal decision in *Oakes*. An earlier British Columbia Court of Appeal opinion, *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661 (B.C.C.A.), had dismissed an appeal from a ruling which had upheld the constitutionality of s. 8 of the *Narcotic Control Act*; however, the basis for the denial of the appeal was procedural. The court did not assess the constitutionality of s. 8 in relation to the presumption of innocence.

There have also been a number of cases in which the meaning of s. 11(d) has been considered in

relation to other legislative provisions; see, for example, *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250 (Ont. C.A.); *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277 (B.C.C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539 (Ont. C.A.); *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125 (N.S.C.A.); *R. v. Kowalcuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25 (Man. C.A.); *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34 (Man. C.A.); *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713 (Ont. C.A.).

To summarize, the Canadian *Charter* jurisprudence on the presumption of innocence in s. 11(d) and reverse onus provisions appears to have solidly accorded a high degree of protection to the presumption of innocence. Any infringements of this right are permissible only when, in the words of s. 1 of the *Charter*, they are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

(iii) United States Jurisprudence

In the United States, protection of the presumption of innocence is not explicit. Rather, it has been read into the "due process" provisions of the *American Bill of Rights* contained in the Fifth and Fourteenth Amendments of the *Constitution of the United States of America*. An extensive review of the United States case law is provided in Martin J.A.'s judgment for the Ontario Court of Appeal. I will, therefore, merely highlight the major jurisprudential developments.

In *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943), Roberts J. outlined the following test at pp. 467-68:

... a statutory presumption cannot be sustained if there be no rational connection between the fact proved and the ultimate fact presumed, if the inference of the one from proof of the other is arbitrary because of lack of connection between the two in common experience.

The comparative convenience of producing evidence was also acknowledged as a corollary test. The case involved a presumption to be drawn,

d'autres dispositions législatives; voir, par exemple, *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250 (C.A. Ont.); *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada accordée; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539 (C.A. Ont.); *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125 (C.A.N.-É.); *R. v. Kowalcuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25 (C.A. Man.); *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34 (C.A. Man.); *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713 (C.A. Ont.)

En résumé, la jurisprudence canadienne relative à la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte* et aux dispositions portant inversion de la charge de la preuve paraît avoir accordé un très haut degré de protection à la présomption d'innocence. Il ne peut y avoir atteinte à ce droit que, comme le dit l'article premier de la *Charte*, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

(iii) Jurisprudence américaine

Aux États-Unis, la présomption d'innocence n'est pas expressément protégée. Au contraire, on a considéré qu'elle découle implicitement des dispositions de l'*American Bill of Rights* relatives au «caractère équitable des procédures», que contiennent les Cinquième et Quatorzième amendements de la *Constitution of the United States of America*. On trouve, dans les motifs que le juge Martin a rédigés pour la Cour d'appel de l'Ontario, un examen approfondi de la jurisprudence américaine, dont je ne soulignerai en conséquence que les points saillants.

Dans la décision *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943), le juge Roberts formule le critère suivant, aux pp. 467 et 468:

[TRADUCTION] ... une présomption légale ne saurait jouer s'il n'existe pas de lien rationnel entre le fait prouvé et le fait ultime présumé, si la conclusion à l'existence de l'un à partir de la preuve de l'autre est arbitraire parce que l'expérience générale ne démontre pas de lien entre ces deux faits.

De plus, on a reconnu comme critère accessoire la facilité relative avec laquelle des éléments de preuve peuvent être produits. Dans cette affaire, il

from the possession of firearms by a person convicted of a previous crime of violence, that the firearms were illegally obtained through interstate or foreign commerce. Of note was Roberts J.'s comment that even if a rational connection had been proved, the statutory presumption could not be sustained because of the prejudicial reliance on a past conviction as part of the basic fact. The accused would be discredited in the eyes of the jury even before he attempted to disprove the presumed fact.

In *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969), Harlan J. articulated a more stringent test for invalidity at p. 36:

... a criminal statutory presumption must be regarded as "irrational" or "arbitrary", and hence unconstitutional, unless it can at least be said with substantial assurance that the presumed fact is more likely than not to flow from the proved fact on which it is made to depend.

Harlan J. also noted that since the statutory presumption was invalid under the above test, "we need not reach the question whether a criminal presumption which passes muster when so judged must also satisfy the criminal 'reasonable doubt' standard if proof of the crime charged or an essential element thereof depends upon its use" (footnote 64).

The United States Supreme Court did answer this question in *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979). It held that where a mandatory criminal presumption was imposed by statute, the State may not "rest its case entirely on a presumption unless the fact proved is sufficient to support the inference of guilt beyond a reasonable doubt" (p. 167). A mere rational connection is insufficient. This case illustrates the high degree of constitutional protection accorded the principle that an accused must be found guilty beyond a reasonable doubt. The

s'agissait d'une présomption, fondée sur la possession d'armes à feu par une personne ayant déjà été déclarée coupable d'un crime violent, que ces armes à feu avaient été illégalement obtenues par le commerce international ou entre états. Soulignons ici que le juge Roberts a fait observer que, même si on avait prouvé l'existence d'un lien rationnel, la présomption légale ne pouvait s'appliquer parce que le fait établi sur lequel on se fondait comportait une déclaration de culpabilité antérieure, préjudiciable à l'accusé. Ce dernier serait donc discrédiété aux yeux du jury avant même qu'il n'essaie de réfuter le fait présumé.

- c* Dans la décision *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969), à la p. 36, le juge Harlan formule un critère plus sévère pour conclure à l'invalidité [TRADUCTION] ... une présomption légale en matière criminelle doit être tenue pour «irrationnelle» ou «arbitraire» et, partant inconstitutionnelle, à moins qu'on ne puisse affirmer avec beaucoup de certitude que le fait présumé découle probablement du fait établi dont il est censé dépendre.
- d* Le juge Harlan a fait remarquer en outre que, vu l'invalidité de la présomption légale selon le critère énoncé ci-dessus, [TRADUCTION] «nous n'avons pas à nous pencher sur la question de savoir si une présomption en matière criminelle qui répond à ce critère doit aussi satisfaire à la norme du «doute raisonnable», applicable dans les affaires criminelles, lorsque la preuve du crime imputé ou d'un élément essentiel de celui-ci dépend de l'application de cette présomption» (note 64).

La Cour suprême des États-Unis a répondu à cette question dans l'arrêt *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979). *e* Elle a conclu que, lorsqu'une loi crée une présomption impérative en matière criminelle, l'État ne peut [TRADUCTION] «fonder sa preuve entièrement sur une présomption, à moins que le fait prouvé ne suffise pour justifier la conclusion que l'accusé est coupable hors de tout doute raisonnable» (à la p. 167). Un simple lien rationnel ne suffit pas. Cet arrêt démontre donc le haut degré de protection constitutionnelle accordée au principe selon lequel la culpabilité d'un accusé doit être établie hors de tout doute raisonnable. La raison d'être de ce principe a été bien exprimée par le juge Brennan

rationale for this is well stated by Brennan J. in *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), at pp. 363-64:

The requirement of proof beyond a reasonable doubt has this vital role in our criminal procedure for cogent reasons. The accused during a criminal prosecution has at stake interests of immense importance, both because of the possibility that he may lose his liberty upon conviction and because of the certainty that he would be stigmatized by the conviction. Accordingly, a society that values the good name and freedom of every individual should not condemn a man for commission of a crime when there is reasonable doubt about his guilt.

dans l'arrêt *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), aux pp. 363 et 364:

[TRADUCTION] Si l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable joue dans notre procédure criminelle un rôle si vital, il y a de très bonnes raisons à cela. Pour un accusé qui fait face à des poursuites criminelles, l'enjeu revêt une importance capitale, d'une part en raison de la privation de liberté que risque d'entraîner une déclaration de culpabilité et, d'autre part, à cause de l'opprobre qui en résulterait certainement. Par conséquent, une société qui attache de la valeur à la réputation et à la liberté de chaque citoyen doit se garder de condamner une personne pour la perpétration d'un crime lorsqu'il subsiste un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

1986anIII 65SCD

(iv) European Convention on Human Rights Jurisprudence

As mentioned above, international developments in human rights law have afforded protection to the principle of the presumption of innocence. The jurisprudence on *The European Convention on Human Rights* includes a consideration of the legitimacy of reverse onus provisions. Section 6(2) of *The European Convention on Human Rights* reads:

Article 6

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

The meaning of s. 6(2) was clarified in the *Pfundlers Case (Austria v. Italy)* (1963), 6 Yearbook E.C.H.R. 740, at p. 782 and p. 784:

This text, according to which everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law, requires firstly that court judges in fulfilling their duties should not start with the conviction or assumption that the accused committed the act with which he is charged. In other words, the onus to prove guilt falls upon the Prosecution, and any doubt is to the benefit of the accused. Moreover, the judges must permit the latter to produce evidence in rebuttal. In their judgment they can find him guilty only on the basis of direct or indirect evidence sufficiently strong in the eyes of the law to establish his guilt.

(iv) Jurisprudence portant sur la Convention européenne des droits de l'homme

d Comme je l'ai déjà mentionné, le droit international dans le domaine des droits de la personne a évolué de manière à protéger le principe de la présomption d'innocence. La jurisprudence relative à la *Convention européenne des droits de l'homme* e traite notamment de la légitimité des dispositions portant inversion de la charge de la preuve. Le paragraphe 6(2) de la *Convention européenne des droits de l'homme* est ainsi rédigé:

f *Article 6*

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

g Le sens du par. 6(2) a été élucidé dans l'*Affaire Pfunders (Autriche c. Italie)* (1963), 6 Annuaire C.E.D.H. 741, aux pp. 783 et 785:

h Ce texte, aux termes duquel toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie, exige en premier lieu que les membres du tribunal, en remplissant leur fonction, ne partent pas de la conviction ou de la supposition que le prévenu a commis l'acte incriminé. i Autrement dit, la charge de la preuve de la culpabilité incombe au Ministère public, et le doute profite à l'inculpé. De plus, les juges doivent permettre à ce dernier de leur fournir ses contre-preuves. Puis, au moment de prendre leur décision, ils ne doivent arriver à une condamnation que sur la base de preuves directes ou indirectes mais suffisamment fortes, aux yeux de la loi, pour établir la culpabilité de l'intéressé.

Although the Commission has endorsed the general importance of the requirement that the prosecution prove the accused's guilt beyond a reasonable doubt, it has acknowledged the permissibility of certain exceptions to this principle. For example, the Commission upheld a statutory reverse onus provision in which a man living with or habitually in the company of a prostitute is presumed to be knowingly living on the earnings of prostitution unless he proves otherwise (*X against the United Kingdom*, Appl'n. No. 5124/71, Collection of Decisions, E.C.H.R., 135). The Commission noted the importance of examining the substance and effect of a statutory reverse onus. It concluded, however, at p. 135:

The statutory presumption in the present case is restrictively worded. . . . The presumption is neither irrebuttable nor unreasonable. To oblige the prosecution to obtain direct evidence of "living on immoral earnings" would in most cases make its task impossible.

(See discussion in Francis Jacobs, *The European Convention on Human Rights* (Oxford: 1975), pp. 113-14.)

(d) Conclusion Regarding s. 11(d) of the Charter and s. 8 of the Narcotic Control Act

This review of the authorities lays the groundwork for formulating some general conclusions regarding reverse onus provisions and the presumption of innocence in s. 11(d). We can then proceed to apply these principles to the particulars of s. 8 of the *Narcotic Control Act*.

In general one must, I think, conclude that a provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the existence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(d). If an accused bears the burden of disproving on a balance of probabilities an essential element of an offence, it would be possible for a conviction to occur despite the existence of a reasonable doubt. This would arise if the accused adduced sufficient evidence to raise a

Bien que la Commission ait reconnu l'importance générale de l'exigence que la poursuite prouve la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, elle a reconnu aussi le caractère acceptable de certaines exceptions à ce principe. Par exemple, la Commission a conclu à la validité d'une disposition légale portant inversion de la charge de la preuve, disposition selon laquelle l'homme qui cohabite avec une prostituée ou qui est régulièrement en sa compagnie est présumé vivre sciemment de revenus tirés de la prostitution, à moins qu'il ne prouve le contraire (*X contre le Royaume-Uni*, demande n° 5124/71, Recueil des décisions, C.E.D.H. 135). La Commission a souligné l'importance d'examiner le contenu et l'effet d'une disposition législative portant inversion de la charge de la preuve. Elle conclut toutefois, à la p. 135:

d [TRADUCTION] La présomption légale en l'espèce est formulée de manière restrictive . . . Cette présomption n'est ni irréfutable ni déraisonnable. Obliger la poursuite à obtenir une preuve directe que quelqu'un «vit de revenus immoraux» rendrait, dans la plupart des cas, sa tâche impossible.

(Voir l'analyse de Francis Jacobs, *The European Convention on Human Rights* (Oxford: 1975), aux pp. 113 et 114.)

f) Conclusion relative à l'al. 11d) de la Charte et à l'art. 8 de la Loi sur les stupéfiants

À partir de cet examen de la jurisprudence, nous sommes en mesure de formuler certaines conclusions générales sur les dispositions portant inversion de la charge de la preuve et sur la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d). Nous pourrons ensuite appliquer ces principes aux dispositions de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*.

i Je crois que, d'une manière générale, on doit conclure qu'une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11d). S'il incombe à l'accusé de réfuter selon la prépondérance des probabilités un élément essentiel d'une infraction, une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable. Cela se présenterait si l'accusé

reasonable doubt as to his or her innocence but did not convince the jury on a balance of probabilities that the presumed fact was untrue.

The fact that the standard is only the civil one does not render a reverse onus clause constitutional. As Sir Rupert Cross commented in the *Rede Lectures*, "The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof", delivered in 1976 at the University of Toronto, at pp. 11-13:

It is sometimes said that exceptions to the Woolmington rule are acceptable because, whenever the burden of proof on any issue in a criminal case is borne by the accused, he only has to satisfy the jury on the balance of probabilities, whereas on issues on which the Crown bears the burden of proof the jury must be satisfied beyond a reasonable doubt The fact that the standard is lower when the accused bears the burden of proof than it is when the burden of proof is borne by the prosecution is no answer to my objection to the existence of exceptions to the Woolmington rule as it does not alter the fact that a jury or bench of magistrates may have to convict the accused although they are far from sure of his guilt.

As we have seen, the potential for a rational connection between the basic fact and the presumed fact to justify a reverse onus provision has been elaborated in some of the cases discussed above and is now known as the "rational connection test". In the context of s. 11(d), however, the following question arises: if we apply the rational connection test to the consideration of whether s. 11(d) has been violated, are we adequately protecting the constitutional principle of the presumption of innocence? As Professors MacKay and Cromwell point out in their article "Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts" (1983), 32 C.R. (3d) 221, at p. 233:

The rational connection test approves a provision that forces the trier to infer a fact that may be simply rationally connected to the proved fact. Why does it follow that such a provision does not offend the constitu-

produisait une preuve suffisante pour soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité, mais ne parvenait pas à convaincre le jury selon la prépondérance des probabilités que le fait présumé est inexact.

Ce n'est pas parce que la norme applicable est la norme de preuve en matière civile qu'une disposition portant inversion de la charge de la preuve est constitutionnelle. Comme l'a expliqué sir Rupert Cross dans «The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof», conférence donnée en 1976 à l'Université de Toronto dans le cadre des *Rede Lectures* (aux pp. 11 à 13):

[TRADUCTION] D'aucuns prétendent que des exceptions à la règle posée dans l'arrêt *Woolmington* sont acceptables parce que, lorsque la charge de la preuve relativement à telle question dans une affaire criminelle incombe à l'accusé, celui-ci n'a à convaincre le jury que selon la prépondérance des probabilités, tandis que dans le cas des questions à l'égard desquelles la charge de la preuve incombe au ministère public, le jury doit être convaincu hors de tout doute raisonnable . . . Bien que la norme de preuve soit moins sévère dans le cas de l'accusé qu'elle ne l'est dans le cas de la poursuite, je m'oppose tout de même à toute exception à la règle établie dans l'arrêt *Woolmington* parce que cela ne change rien au fait qu'un jury ou une formation de magistrats peut avoir à déclarer l'accusé coupable même si s'ils ne sont pas du tout certains de sa culpabilité.

Rappelons ici que certains des arrêts étudiés précédemment ont établi qu'une disposition portant inversion de la charge de la preuve pourrait se justifier par l'existence d'un lien rationnel entre le fait établi et le fait présumé. Il s'agit de ce qu'il est convenu d'appeler maintenant le «critère du lien rationnel». Dans le contexte de l'al. 11d), toutefois, la question suivante se pose: si nous appliquons le critère du lien rationnel à la question de savoir s'il y a eu violation de l'al. 11d), accordons-nous alors une protection adéquate au principe constitutionnel de la présomption d'innocence? Comme le soulignent les professeurs MacKay et Cromwell dans leur article intitulé «Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts» (1983), 32 C.R. (3d) 221, à la p. 233:

[TRADUCTION] Le critère du lien rationnel a pour effet de sanctionner une disposition qui oblige le juge à conclure à l'existence d'un fait qui peut n'avoir qu'un lien rationnel avec le fait établi. Pourquoi s'ensuit-il

tional right to be proved guilty beyond a reasonable doubt?

A basic fact may rationally tend to prove a presumed fact, but not prove its existence beyond a reasonable doubt. An accused person could thereby be convicted despite the presence of a reasonable doubt. This would violate the presumption of innocence.

I should add that this questioning of the constitutionality of the "rational connection test" as a guide to interpreting s. 11(d) does not minimize its importance. The appropriate stage for invoking the rational connection test, however, is under s. 1 of the *Charter*. This consideration did not arise under the *Canadian Bill of Rights* because of the absence of an equivalent to s. 1. At the Court of Appeal level in the present case, Martin J.A. sought to combine the analysis of s. 11(d) and s. 1 to overcome the limitations of the *Canadian Bill of Rights* jurisprudence. To my mind, it is highly desirable to keep s. 1 and s. 11(d) analytically distinct. Separating the analysis into two components is consistent with the approach this Court has taken to the *Charter* to date (see *R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra; Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357).

Un fait établi peut rationnellement tendre à prouver un fait présumé, sans pour autant en prouver l'existence hors de tout doute raisonnable. Un accusé pourrait donc être reconnu coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable, ce qui irait à l'encontre de la présomption d'innocence.

Je m'empresse d'ajouter que cette mise en doute de la constitutionnalité du «critère du lien rationnel» comme guide d'interprétation de l'al. 11d) ne diminue en rien l'importance de ce critère. C'est toutefois dans le contexte de l'article premier de la *Charte* qu'il convient d'invoquer le critère du lien rationnel. Or, cette question ne s'est pas présentée sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits* parce que celle-ci ne contient pas de disposition équivalant à l'article premier. En Cour d'appel en l'espèce, le juge Martin a cherché à combiner l'analyse de l'al. 11d) et celle de l'article premier en vue de surmonter les limites de la jurisprudence portant sur la *Déclaration canadienne des droits*. À mon sens, il est très souhaitable qu'à des fins d'analyse l'article premier et l'al. 11d) restent distincts. Ce partage de l'analyse en deux composantes est compatible avec la façon dont cette Cour a abordé la *Charte* jusqu'à présent (voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357).

Revenons à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Je n'ai pas le moindre doute que cet article viole l'al. 11d) de la *Charte* en exigeant de l'accusé qu'il établisse selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic. L'article 8 oblige M. Oakes à prouver qu'il n'est pas coupable de l'infraction de trafic. Il se voit ainsi refuser le droit d'être présumé innocent et court en même temps le risque de se voir infliger une peine d'emprisonnement à perpétuité, à moins qu'il ne réussisse à réfuter la présomption. Cela est radicalement et fondamentalement incompatible avec les valeurs sociales de la liberté et de la dignité humaine, que nous faisons nôtres, et va directement à l'encontre de la

we espouse, and is directly contrary to the presumption of innocence enshrined in s. 11(d). Let us turn now to s. 1 of the *Charter*.

V

Is s. 8 of the *Narcotic Control Act* a Reasonable and Demonstrably Justified Limit Pursuant to s. 1 of the *Charter*?

The Crown submits that even if s. 8 of the *Narcotic Control Act* violates s. 11(d) of the *Charter*, it can still be upheld as a reasonable limit under s. 1 which, as has been mentioned, 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.

The question whether the limit is "prescribed by law" is not contentious in the present case since s. 8 of the *Narcotic Control Act* is a duly enacted legislative provision. It is, however, necessary to determine if the limit on Mr. Oakes' right, as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, is "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society" for the purpose of s. 1 of the *Charter*, and thereby saved from inconsistency with the Constitution.

It is important to observe at the outset that s. 1 has two functions: first, it constitutionally guarantees the rights and freedoms set out in the provisions which follow; and, second, it states explicitly the exclusive justificatory criteria (outside of s. 33 of the *Constitution Act, 1982*) against which limitations on those rights and freedoms must be measured. Accordingly, any s. 1 inquiry must be premised on an understanding that the impugned limit violates constitutional rights and freedoms—rights and freedoms which are part of the supreme law of Canada. As Wilson J. stated in *Singh v. Minister of Employment and Immigration, supra*, at p. 218: "... it is important to remember that the courts are conducting this inquiry in light of a

présomption d'innocence enchaînée à l'al. 11d). Passons maintenant à l'article premier de la *Charte*.

V

L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* constitue-t-il une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer, au sens de l'article premier de la *Charte*?

^a Le ministère public fait valoir que même à supposer que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevienne à l'al. 11d) de la *Charte*, il peut tout de même être déclaré valide pour le motif qu'il ^b constitue une restriction raisonnable au sens de l'article premier qui, rappelons-le, dispose:

^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.

^d La question de savoir s'il s'agit d'une restriction apportée «par une règle de droit» ne se pose pas en l'espèce puisque l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est une disposition législative dûment adoptée. Il est toutefois nécessaire de déterminer si, dans le cas de M. Oakes, la restriction au droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte* est «raisonnable» et si sa justification peut «se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique» au sens de l'art. 1 de la *Charte*, de manière à être compatible avec la Constitution.

^e Il importe de souligner dès l'abord que l'article premier remplit deux fonctions: premièrement, il enchaîsse dans la Constitution les droits et libertés énoncés dans les dispositions qui le suivent; et, deuxièmement, il établit explicitement les seuls critères justificatifs (à part ceux de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés. En conséquence, tout examen fondé sur l'article premier doit partir de l'idée que la restriction attaquée porte atteinte à des droits et libertés garantis par la Constitution — des droits et des libertés qui font partie de la loi suprême du Canada. Comme le fait remarquer le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de*

commitment to uphold the rights and freedoms set out in the other sections of the *Charter*."

A second contextual element of interpretation of s. 1 is provided by the words "free and democratic society". Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

l'Immigration, précité, à la p. 218: « ... il est important de se rappeler que les tribunaux effectuent cette enquête tout en veillant au respect des droits et libertés énoncés dans les autres articles de la *Charte*.»

Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression «société libre et démocratique». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Toutefois, les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas absous. Il peut être nécessaire de les restreindre lorsque leur exercice empêcherait d'atteindre des objectifs sociaux fondamentalement importants. C'est pourquoi l'article premier prévoit des critères de justification des limites imposées aux droits et libertés garantis par la *Charte*. Ces critères établissent une norme sévère en matière de justification, surtout lorsqu'on les rapproche des deux facteurs contextuels examinés précédemment, savoir la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution et les principes fondamentaux d'une société libre et démocratique.

La charge de prouver qu'une restriction apportée à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* est raisonnable et que sa justification peut

The rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are not, however, absolute. It may become necessary to limit rights and freedoms in circumstances where their exercise would be inimical to the realization of collective goals of fundamental importance. For this reason, s. 1 provides criteria of justification for limits on the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. These criteria impose a stringent standard of justification, especially when understood in terms of the two contextual considerations discussed above, namely, the violation of a constitutionally guaranteed right or freedom and the fundamental principles of a free and democratic society.

The onus of proving that a limit on a right or freedom guaranteed by the *Charter* is reasonable and demonstrably justified in a free and democrat-

ic society rests upon the party seeking to uphold the limitation. It is clear from the text of s. 1 that limits on the rights and freedoms enumerated in the *Charter* are exceptions to their general guarantee. The presumption is that the rights and freedoms are guaranteed unless the party invoking s. 1 can bring itself within the exceptional criteria which justify their being limited. This is further substantiated by the use of the word "demonstrably" which clearly indicates that the onus of justification is on the party seeking to limit: *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*.

The standard of proof under s. 1 is the civil standard, namely, proof by a preponderance of probability. The alternative criminal standard, proof beyond a reasonable doubt, would, in my view, be unduly onerous on the party seeking to limit. Concepts such as "reasonableness", "justifiability" and "free and democratic society" are simply not amenable to such a standard. Nevertheless, the preponderance of probability test must be applied rigorously. Indeed, the phrase "demonstrably justified" in s. 1 of the *Charter* supports this conclusion. Within the broad category of the civil standard, there exist different degrees of probability depending on the nature of the case: see Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Toronto: 1974), at p. 385. As Lord Denning explained in *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), at p. 459:

The case may be proved by a preponderance of probability, but there may be degrees of probability within that standard. The degree depends on the subject-matter. A civil court, when considering a charge of fraud, will naturally require a higher degree of probability than that which it would require if considering whether negligence were established. It does not adopt so high a degree as a criminal court, even when it is considering a charge of a criminal nature, but still it does require a degree of probability which is commensurate with the occasion.

se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction. Il ressort nettement du texte de l'article premier que les restrictions apportées aux droits et libertés énoncés dans la *Charte* constituent des exceptions à la garantie générale dont ceux-ci font l'objet. On présume que les droits et libertés sont garantis, à moins que la partie qui invoque l'article premier ne puisse satisfaire aux critères exceptionnels qui justifient leur restriction. C'est ce que confirme l'emploi de l'expression «puisse se démontrer» qui indique clairement qu'il appartient à la partie qui cherche à apporter la restriction de démontrer qu'elle est justifiée: *Hunter c. Southam Inc.*, précité.

La norme de preuve aux fins de l'article premier est celle qui s'applique en matière civile, savoir la preuve selon la prépondérance des probabilités. L'autre possibilité, la preuve hors de tout doute raisonnable qui s'applique en matière criminelle, imposerait selon moi une charge trop lourde à la partie qui cherche à apporter la restriction. Des concepts comme «le caractère raisonnable», «le caractère justifiable» et «une société libre et démocratique» ne se prêtent tout simplement pas à l'application d'une telle norme. Néanmoins, le critère de la prépondérance des probabilités doit être appliqué rigoureusement. En fait, l'expression «dont la justification puisse se démontrer», que l'on trouve à l'article premier de la *Charte*, étaye cette conclusion. La norme générale applicable en matière civile comporte différents degrés de probabilité qui varient en fonction de la nature de chaque espèce: voir Sopinka et Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Toronto: 1974), à la p. 385. Comme l'explique lord Denning dans *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), à la p. 459:

[TRADUCTION] La preuve peut être faite selon la prépondérance des probabilités, mais cette norme peut comporter des degrés de probabilité. Ce degré dépend de l'objet du litige. Une cour civile, saisie d'une accusation de fraude, exigera naturellement un degré de probabilité plus élevé que celui qu'elle exigerait en examinant si la faute a été établie. Elle n'adopte pas une norme aussi sévère que le ferait une cour criminelle, même en examinant une accusation de nature criminelle, mais il reste qu'elle exige un degré de probabilité proportionné aux circonstances.

This passage was cited with approval in *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154, at p. 161. A similar approach was put forward by Cartwright J. in *Smith v. Smith*, [1952] 2 S.C.R. 312, at pp. 331-32:

I wish, however, to emphasize that in every civil action before the tribunal can safely find the affirmative of an issue of fact required to be proved it must be reasonably satisfied, and that whether or not it will be so satisfied must depend on the totality of the circumstances on which its judgment is formed including the gravity of the consequences

Having regard to the fact that s. 1 is being invoked for the purpose of justifying a violation of the constitutional rights and freedoms the *Charter* was designed to protect, a very high degree of probability will be, in the words of Lord Denning, "commensurate with the occasion". Where evidence is required in order to prove the constituent elements of a s. 1 inquiry, and this will generally be the case, it should be cogent and persuasive and make clear to the Court the consequences of imposing or not imposing the limit. See: *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, *supra*, at p. 384; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, at p. 217. A court will also need to know what alternative measures for implementing the objective were available to the legislators when they made their decisions. I should add, however, that there may be cases where certain elements of the s. 1 analysis are obvious or self-evident.

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substan-

Ce passage a été cité et approuvé dans l'arrêt *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154, à la p. 161. Un point de vue semblable a été exprimé par le juge Cartwright dans l'arrêt *Smith v. Smith*, [1952] 2 R.C.S. 312, aux pp. 331 et 332:

[TRADUCTION] Je tiens toutefois à souligner que, dans toute action civile, pour pouvoir conclure sans risque à l'exactitude d'une question de fait qui doit être établie, le tribunal doit être convaincu d'une manière raisonnable qui dépendra de l'ensemble des circonstances à partir desquelles il formera son jugement, y compris la gravité des conséquences

Compte tenu du fait que l'article premier est invoqué afin de justifier une violation des droits et libertés constitutionnels que la *Charte* vise à protéger, un degré très élevé de probabilité sera, pour reprendre l'expression de lord Denning, «proportionné aux circonstances». Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction. Voir: *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, précité, à la p. 384; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, à la p. 217. La cour devra aussi connaître les autres moyens dont disposait le législateur, au moment de prendre sa décision, pour réaliser l'objectif en question. Je dois cependant ajouter qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi.

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de

tial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra*, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. 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 this 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".

With respect to the third component, it is clear that the general effect of any measure impugned under s. 1 will be the infringement of a right or freedom guaranteed by the *Charter*; this is the reason why resort to s. 1 is necessary. The inquiry into effects must, however, go further. A wide range of rights and freedoms are guaranteed by the *Charter*, and an almost infinite number of factual situations may arise in respect of these. Some limits on rights and freedoms protected by the *Charter* will be more serious than others in terms of the nature of the right or freedom violated, the extent of the violation, and the degree to which the measures which impose the limit trench upon the integral principles of a free and demo-

l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. 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».

Quant au troisième élément, il est évident que toute mesure attaquée en vertu de l'article premier aura pour effet général de porter atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*; d'où la nécessité du recours à l'article premier. L'analyse des effets ne doit toutefois pas s'arrêter là. La *Charte* garantit toute une gamme de droits et de libertés à l'égard desquels un nombre presque infini de situations peuvent se présenter. La gravité des restrictions apportées aux droits et libertés garantis par la *Charte* variera en fonction de la nature du droit ou de la liberté faisant l'objet d'une atteinte, de l'ampleur de l'atteinte et du degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et

cratic society. Even if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

Having outlined the general principles of a s. 1 inquiry, we must apply them to s. 8 of the *Narcotic Control Act*. Is the reverse onus provision in s. 8 a reasonable limit on the right to be presumed innocent until proven guilty beyond a reasonable doubt as can be demonstrably justified in a free and democratic society?

The starting point for formulating a response to this question is, as stated above, the nature of Parliament's interest or objective which accounts for the passage of s. 8 of the *Narcotic Control Act*. According to the Crown, s. 8 of the *Narcotic Control Act* is aimed at curbing drug trafficking by facilitating the conviction of drug traffickers. In my opinion, Parliament's concern that drug trafficking be decreased can be characterized as substantial and pressing. The problem of drug trafficking has been increasing since the 1950's at which time there was already considerable concern. (See *Report of the Special Committee on Traffic in Narcotic Drugs*, Appendix to Debates of the Senate, Canada, Session 1955, pp. 690-700; see also *Final Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs* (Ottawa, 1973).) Throughout this period, numerous measures were adopted by free and democratic societies, at both the international and national levels.

At the international level, on June 23, 1953, the *Protocol for Limiting and Regulating the Cultiva-*

démocratique. Même si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Ayant exposé les principes généraux qui régissent une analyse en vertu de l'article premier, nous devons maintenant les appliquer à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. La disposition portant inversion de la charge de la preuve qui figure à l'art. 8 apporte-t-elle au droit d'être présumé innocent tant que la culpabilité n'est pas prouvée hors de tout doute raisonnable, une restriction raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Comme je l'ai déjà souligné, pour répondre à cette question, il faut commencer par préciser la nature de l'intérêt ou de l'objectif poursuivi par le législateur en adoptant l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Selon le ministère public, l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* vise à réfréner le trafic des stupéfiants en facilitant l'obtention d'un verdict de culpabilité contre les trafiquants. À mon avis, le souci du législateur de réduire le trafic des stupéfiants peut être qualifié de réel et urgent. Le problème du trafic des stupéfiants n'a cessé de s'aggraver depuis les années cinquante, et déjà à cette époque ce phénomène suscitait beaucoup d'inquiétude. (Voir *Rapport du Comité spécial chargé d'enquêter sur le trafic des stupéfiants*, appendice aux Débats du Sénat du Canada, session 1955, aux pp. 736 à 747; voir aussi *Rapport final, Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales* (Ottawa, 1973).) Pendant toute cette période, des sociétés libres et démocratiques ont adopté de nombreuses mesures tant sur le plan national que sur le plan international.

Sur le plan international, le *Protocole visant à limiter et à réglementer la culture du pavot, ainsi*

tion of the Poppy Plant, the Production of, International and Wholesale Trade in, and Use of Opium, to which Canada is a signatory, was adopted by the United Nations Opium Conference held in New York. The *Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, was acceded to in New York on March 30, 1961. This treaty was signed by Canada on March 30, 1961. It entered into force on December 13, 1964. As stated in the Preamble, "addiction to narcotic drugs constitutes a serious evil for the individual and is fraught with social and economic danger to mankind, . . ."

At the national level, statutory provisions have been enacted by numerous countries which, *inter alia*, attempt to deter drug trafficking by imposing criminal sanctions (see, for example, *Misuse of Drugs Act 1975*, 1975 (N.Z.), No. 116; *Misuse of Drugs Act 1971*, 1971 (U.K.), c. 38).

The objective of protecting our society from the grave ills associated with drug trafficking, is, in my view, one of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom in certain cases. Moreover, the degree of seriousness of drug trafficking makes its acknowledgement as a sufficiently important objective for the purposes of s. 1, to a large extent, self-evident. The first criterion of a s. 1 inquiry, therefore, has been satisfied by the Crown.

The next stage of inquiry is a consideration of the means chosen by Parliament to achieve its objective. The means must be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. As outlined above, this proportionality test should begin with a consideration of the rationality of the provision: is the reverse onus clause in s. 8 rationally related to the objective of curbing drug trafficking? At a minimum, this requires that s. 8 be internally rational; there must be a rational connection between the basic fact of possession and the presumed fact of possession for the purpose of trafficking. Otherwise, the reverse onus clause could give rise to unjustified and erroneous

que la production, le commerce international, le commerce de gros et l'emploi de l'opium, dont le Canada est signataire, a été adopté le 23 juin 1953 dans le cadre de la Conférence des Nations unies sur l'opium tenue à New York. La *Convention unique sur les stupéfiants de 1961* a été conclue à New York le 30 mars 1961. Signé par le Canada le même jour, ce traité est entré en vigueur le 13 décembre 1964. Comme on le dit dans le préambule, «la toxicomanie est un fléau pour l'individu et constitue un danger économique et social pour l'humanité . . .»

Sur le plan national, de nombreux pays ont adopté des dispositions législatives visant notamment, par l'imposition de sanctions pénales, à empêcher le trafic des stupéfiants (voir, par exemple, la *Misuse of Drugs Act 1975*, 1975 (N.Z.), n^o 116; la *Misuse of Drugs Act 1971*, 1971 (U.K.), chap. 38).

L'objectif de protection de notre société contre les fléaux liés au trafic des stupéfiants est, selon moi, suffisamment important pour justifier dans certains cas l'atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution. De plus, la gravité du trafic des stupéfiants fait qu'il va presque sans dire que sa répression constitue un objectif suffisamment important aux fins de l'article premier. Le ministère public a donc satisfait au premier critère applicable à une analyse en vertu de l'article premier.

L'étape suivante de l'analyse consiste à examiner le moyen choisi par le législateur pour atteindre son objectif. Ce moyen doit être raisonnable et sa justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Soulignons encore une fois que l'application de ce critère de proportionnalité doit commencer par un examen de la rationalité de la disposition: existe-t-il un lien rationnel entre la disposition de l'art. 8 portant inversion de la charge de la preuve et l'objectif consistant à réfréner le trafic des stupéfiants? Cela nécessite tout au moins que l'art. 8 soit lui-même rationnel. Il doit exister un lien rationnel entre le fait établi de la possession et le fait présumé de la possession à des fins de trafic, sinon la disposition portant inversion de la charge de la preuve pourrait avoir pour conséquence que

convictions for drug trafficking of persons guilty only of possession of narcotics.

In my view, s. 8 does not survive this rational connection test. As Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal concluded, possession of a small or negligible quantity of narcotics does not support the inference of trafficking. In other words, it would be irrational to infer that a person had an intent to traffic on the basis of his or her possession of a very small quantity of narcotics. The presumption required under s. 8 of the *Narcotic Control Act* is overinclusive and could lead to results in certain cases which would defy both rationality and fairness. In light of the seriousness of the offence in question, which carries with it the possibility of imprisonment for life, I am further convinced that the first component of the proportionality test has not been satisfied by the Crown.

Having concluded that s. 8 does not satisfy this first component of proportionality, it is unnecessary to consider the other two components.

VI

Conclusion

The Ontario Court of Appeal was correct in holding that s. 8 of the *Narcotic Control Act* violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is therefore of no force or effect. Section 8 imposes a limit on the right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* which is not reasonable and is not demonstrably justified in a free and democratic society for the purpose of s. 1. Accordingly, the constitutional question is answered as follows:

Question:

Is s. 8 of the *Narcotic Control Act* inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thus of no force and effect?

Answer: Yes.

I would, therefore, dismiss the appeal.

des personnes coupables de simple possession de stupéfiants soient erronément et sans justification déclarées coupables de trafic.

Selon moi, l'art. 8 ne satisfait pas au critère du lien rationnel. Comme l'a conclu le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario, la possession d'une quantité infime ou négligeable de stupéfiants ne justifie pas une conclusion de trafic. En d'autres termes, il serait irrationnel de déduire qu'une personne avait l'intention de faire le trafic du seul fait qu'elle était en possession d'une petite quantité de stupéfiants. La présomption requise en vertu de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est trop large et est susceptible dans certains cas d'entraîner des résultats à la fois irrationnels et inéquitables. Compte tenu de la gravité de l'infraction en question, qui comporte la possibilité d'un emprisonnement à perpétuité, je suis d'autant plus persuadé que le ministère public n'a pas satisfait au premier élément du critère de proportionnalité.

Ayant conclu que l'art. 8 ne satisfait pas à ce premier élément de proportionnalité, il n'est pas nécessaire d'examiner les deux autres éléments.

VI

Conclusion

C'est à bon droit que la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il est par conséquent inopérant. L'article 8 apporte au droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte* une restriction qui n'est pas raisonnable et dont la justification ne peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier. Par conséquent, la question constitutionnelle reçoit la réponse suivante:

Question:

i L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, inopérant?

Réponse: Oui.

j Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The reasons of Estey and McIntyre JJ. were delivered by

ESTEY J.—I would dismiss this appeal. I agree with the conclusions of the Chief Justice with reference to the relationship between s. 11(d) and s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. For the disposition of all other issues arising in this appeal, I would adopt the reasons given by Martin J.A. in the court below.

Appeal dismissed.

*Solicitor for the appellant: Roger Tassé,
Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Cockburn, Foster,
Cudmore and Kitely, London.*

Version française des motifs des juges Estey et McIntyre rendus par

LE JUGE ESTEY — Je suis d'avis de rejeter ce pourvoi. Je suis d'accord avec les conclusions du Juge en chef quant au lien entre l'al. 11d) et l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour ce qui est de statuer sur toutes les autres questions que soulève le présent pourvoi, je suis d'avis d'adopter les motifs du juge Martin de la Cour d'appel.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Roger Tassé, Ottawa.

Procureurs de l'intimé: Cockburn, Foster, Cudmore and Kitely, London.

Tab 4

Miguel Figueroa *Appellant*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

and

Attorney General of Quebec *Intervener*

INDEXED AS: FIGUEROA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2003 SCC 37.

File No.: 28194.

2002: November 5; 2003: June 27.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Democratic rights of citizens — Right to vote — Right to be qualified for membership in House of Commons or provincial legislative assembly — Right to meaningful participation in electoral process — Canada Elections Act providing that political parties must nominate candidates in at least 50 electoral districts to qualify for certain benefits — Whether provisions infringe right to vote or to run for office — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3 — Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, ss. 24(2), 24(3), 28(2).

Under the *Canada Elections Act*, a political party must nominate candidates in at least 50 electoral districts in order to obtain, and then to retain, registered party status. Registered parties qualify for several benefits including the right of candidates to issue tax receipts for donations made outside the election period, to transfer unspent election funds to the party and to list their party affiliation on the ballot papers. The appellant challenged the constitutionality of the 50-candidate threshold. The trial judge held that the threshold was inconsistent with s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that this infringement could not be justified under s. 1 of the *Charter*. The Court of Appeal held that the

Miguel Figueroa *Appellant*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

et

Procureur général du Québec *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : FIGUEROA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2003 CSC 37.

N° du greffe : 28194.

2002 : 5 novembre; 2003 : 27 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits démocratiques des citoyens — Droit de vote — Éligibilité à la Chambre des communes et aux assemblées législatives provinciales — Droit de participer utilement au processus électoral — Dispositions de la Loi électorale du Canada obligeant les partis politiques à présenter des candidats dans au moins 50 circonscriptions électorales pour avoir droit à certains avantages — Ces dispositions portent-elles atteinte au droit de voter aux élections ou de se porter candidat à l'occasion de celles-ci? — Dans l'affirmative, 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. 24(2), 24(3), 28(2).

Suivant la *Loi électorale du Canada*, tout parti politique qui désire être enregistré doit présenter un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales s'il veut obtenir et maintenir son enregistrement. Les partis politiques enregistrés bénéficient d'un certain nombre d'avantages, y compris le droit pour leurs candidats de délivrer des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales, le droit de remettre à leur parti les fonds non dépensés pendant la campagne électorale et celui d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote. L'appelant a contesté la constitutionnalité de l'obligation de présenter au moins 50 candidats. La juge de première instance a estimé que cette exigence

50-candidate threshold was not inconsistent with s. 3 of the *Charter*, except to the extent that it denied candidates of non-registered parties the right to identify their party affiliation on the election ballot.

Held: The appeal should be allowed. Sections 24(2), 24(3) and 28(2) of the *Canada Elections Act* are declared unconstitutional. The declaration of unconstitutionality is suspended for 12 months.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.: While on its face, s. 3 grants only a right to vote and to run for office in elections, *Charter* analysis requires looking beyond the words of the section and adopting a broad and purposive approach. The purpose of s. 3 is effective representation. Section 3 should be understood with reference to the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process, rather than the election of a particular form of government. This right is participatory and adverts only to a right to participate in the electoral process. This definition ensures that s. 3 is not construed too narrowly and emphasizes the reasons why individual participation is important, including respect for diverse opinions and the capacity of individuals to enhance democracy. Full political debate ensures an open society benefiting from diverse opinions and a social policy sensitive to the needs and interests of a broad range of citizens. Participation in the electoral process has an intrinsic value independent of the outcome of elections. The right to run for office provides an opportunity to present ideas and opinions to the electorate and the right to vote provides an opportunity for citizens to express support for ideas and opinions. In a democracy, sovereign power resides in the people as a whole and each citizen must have a genuine opportunity to take part in the governance of the country through participation in the selection of elected representatives.

The right to play a meaningful role in the electoral process is not subject to countervailing collective interests. A proportionality analysis considering benefits related to other democratic values should occur under s. 1, where limitations on the right are to be justified. This

était incompatible avec l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que cette atteinte ne pouvait être justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*. La Cour d'appel a jugé que le critère des 50 candidatures n'était pas incompatible avec l'art. 3 de la *Charte*, sauf dans la mesure où il empêchait les candidats des partis non enregistrés d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Les paragraphes 24(2), 24(3) et 28(2) de la *Loi électorale du Canada* sont déclarés inconstitutionnels. L'effet de la déclaration d'inconstitUTIONnalité est suspendu pendant une période de 12 mois.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour : Bien que, suivant le texte de l'art. 3, cette disposition n'accorde que le droit de voter et de se porter candidat aux élections, les tribunaux ne doivent pas se limiter au texte de la disposition dans l'analyse fondée sur la *Charte*, mais ils doivent recourir à une interprétation libérale et téléologique. L'objet de l'art. 3 est la représentation effective. Cet article doit être interprété en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle important dans le processus électoral, et non en fonction de l'élection d'une forme de gouvernement en particulier. Il s'agit d'un droit de participation, qui évoque uniquement le droit de participer au processus électoral. Cette définition permet d'éviter les interprétations trop restrictives de l'art. 3 et tient compte des raisons pour lesquelles la participation individuelle au processus électoral est importante, notamment le respect de la diversité des opinions et la capacité de chacun de renforcer la qualité de la démocratie. Un large débat politique permet à notre société de demeurer ouverte, de bénéficier d'une vaste gamme d'opinions et d'élaborer une politique sociale qui tient compte des besoins et des intérêts d'un large éventail de citoyens. La participation au processus électoral possède une valeur intrinsèque indépendamment du résultat des élections. Le droit de briguer les suffrages des électeurs offre aux candidats la possibilité de présenter certaines idées et opinions à l'électeur et le droit de vote permet aux citoyens de manifester leur appui à l'égard de ces idées et opinions. La démocratie est une forme de gouvernement où le pouvoir souverain appartient à la population dans son ensemble et où tout citoyen doit avoir la possibilité réelle de prendre part au gouvernement du pays en participant à l'élection de représentants.

Le droit de tout citoyen de jouer un rôle important dans le processus électoral ne saurait être limité par des intérêts collectifs opposés. L'examen de la proportionnalité, dans lequel sont pris en considération des avantages liés à d'autres valeurs démocratiques, doit être effectué

analytical approach does not vary with the nature of the alleged breach nor is s. 3 qualified in the same sense as ss. 7 and 8 of the *Charter*. The fact that we identify its implicit content with qualified phrases such as a voter's right to be reasonably informed or a candidate's right to have a reasonable opportunity to present a position reflects only that s. 3 does not protect the right of each citizen to play an unlimited role in the electoral process. The aggregation of political preferences is not to be elevated to constitutional status nor does s. 3 protect values or objectives embedded in our current electoral system.

Members and supporters of political parties that nominate fewer than 50 candidates meaningfully participate in the electoral process. The ability of a party to make a valuable contribution is not dependent upon its capacity to offer the electorate a genuine "government option". Political parties have a much greater capacity than any one citizen to participate in debate and they act as a vehicle for the participation of individual citizens in the political life of the country. All political parties are capable of introducing unique interests and concerns into the political discourse and marginal or regional parties tend to raise issues not adopted by national parties. Political parties provide individual citizens with an opportunity to express an opinion on the policy and functioning of government. Each vote in support of a party increases the likelihood that its platform will be taken into account by those who implement policy and votes for parties with fewer than 50 candidates are an integral component of a vital and dynamic democracy.

Withholding the right to issue tax receipts and to retain unspent election funds from candidates of parties that have not met the 50-candidate threshold undermines the right of each citizen to meaningful participation in the electoral process. Section 3 imposes on Parliament an obligation not to enhance the capacity of one citizen to participate in the electoral process in a manner that compromises another citizen's parallel right to meaningful participation. Political parties that have satisfied the threshold requirement have more resources for communication than those that have not. The 50-candidate threshold thus infringes s. 3 of the *Charter* by decreasing the capacity of the members and supporters of the disadvantaged parties to introduce ideas and opinions into the open dialogue and debate that the electoral process engenders. Moreover, the right to vote in accordance with

dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, où les limites apportées au droit concerné doivent être justifiées. L'analyse applicable ne varie pas en fonction de la nature de l'atteinte reprochée. De plus, les droits garantis par l'art. 3 ne sont pas relatifs au sens où le sont ceux prévus aux art. 7 et 8 de la *Charte*. Le fait que l'on détermine la teneur implicite de l'art. 3 en fonction d'énoncés restrictifs tels le droit des électeurs d'être raisonnablement informés ou le droit des candidats à une possibilité raisonnable d'exposer leur position indique seulement que l'art. 3 ne garantit pas aux citoyens le droit de jouer un rôle illimité dans le processus électoral. L'agrégation des préférences politiques n'est pas un facteur qu'il y a lieu de constitutionnaliser.

Les membres et les partisans des partis politiques qui présentent moins de 50 candidats participent utilement au processus électoral. L'aptitude d'un parti politique à contribuer valablement au processus électoral ne dépend pas de sa capacité de constituer pour l'électorat une véritable « solution de rechange » au gouvernement sortant. Les partis politiques sont beaucoup plus à même que tout citoyen de participer au débat public auquel donne lieu le processus électoral et ils servent de véhicules permettant à chaque citoyen de participer à la vie politique du pays. Tous les partis politiques sont en mesure de faire valoir, dans ce débat politique, des intérêts et des préoccupations uniques, et les partis marginaux ou régionaux ont tendance à soulever des questions que n'ont pas retenues les partis nationaux. Les partis politiques permettent également aux citoyens de s'exprimer sur les politiques du gouvernement et le bon fonctionnement de celui-ci. Chaque voix accordée à un parti accroît la probabilité que son programme sera pris en compte par ceux qui mettent en œuvre les politiques, et les votes en faveur d'un parti politique n'ayant pas satisfait au critère des 50 candidatures constituent un élément essentiel d'une démocratie vigoureuse et dynamique.

Le fait de refuser aux candidats des partis qui ne satisfont pas au critère des 50 candidatures le droit de délivrer des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales et de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés compromet le droit de tout citoyen de participer utilement au processus électoral. L'article 3 impose au Parlement l'obligation de s'abstenir de renforcer la capacité d'un citoyen de participer au processus électoral d'une manière qui compromette le droit d'un autre citoyen de participer utilement à ce processus. Les partis politiques qui satisfont à cette condition disposent de ressources plus considérables pour communiquer leurs idées et leurs opinions que ceux qui ne la respectent pas. Le critère des 50 candidatures porte en conséquence atteinte aux droits garantis par l'art. 3 de la *Charte* en diminuant la capacité des membres et des

preferences requires each citizen to have information to assess party platforms and the legislation undermines the right to information protected by s. 3.

Withholding the right to list party affiliations on ballots from parties that have not satisfied the 50-candidate threshold also infringes s. 3 of the *Charter*. First, withholding this benefit diminishes the capacity of individual citizens to participate in the public discourse since there is a close connection between the support a party receives in an election and its capacity to influence policy. Second, it undermines the right of each citizen to make an informed choice and to vote according to preference. Affiliation has a significant informational component and some voters may be unable to vote for a preferred candidate if the party affiliation is not listed on the ballot paper.

The infringement is not saved by s. 1 of the *Charter*. While the objective of ensuring the cost-efficiency of the tax credit scheme is pressing and substantial, the 50-candidate threshold does not meet the proportionality branch of the *Oakes* test. There is no connection whatsoever between the objective and the threshold requirement with respect to transfers of unspent election funds or listing party affiliations on ballot papers. Nor is the restriction on the right of political parties to issue tax receipts for donations received outside the election period rationally connected to the objective. The connection between legislation that has no impact upon either the number of citizens allowed to claim the tax credit or the size of the credit and the objective is tenuous at best. Moreover, the government has provided no evidence that the threshold actually improves the cost-efficiency of the tax credit scheme. The legislation also fails the minimal impairment test because cost savings can be achieved without violating s. 3. Further, any benefits associated with the reduced costs of the tax credit scheme do not outweigh the deleterious effects of this legislation.

partisans des partis défavorisés par ce critère de présenter des idées et des opinions dans le débat public auquel donne lieu le processus électoral. En outre, pour voter conformément à ses préférences, un citoyen doit disposer d'information lui permettant d'évaluer le programme de chacun des partis. Les dispositions contestées portent atteinte au droit à l'information protégé par l'art. 3.

Le fait d'interdire aux candidats des partis qui ne satisfont pas au critère des 50 candidatures d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote viole également l'art. 3. Premièrement, le refus de cet avantage réduit la capacité des citoyens de prendre part au débat électoral, puisqu'il existe un lien étroit entre la capacité d'un parti politique d'influencer les politiques d'intérêt général et l'appui qu'il recueille à l'occasion d'un scrutin donné. Deuxièmement, ce refus porte également atteinte au droit de tout citoyen de faire un choix éclairé et de voter selon ses préférences. La mention de l'appartenance à un parti est un élément d'information important et, en l'absence d'indication de l'appartenance politique d'un candidat sur le bulletin de vote, certains candidats pourraient être incapables de voter pour le candidat qui aurait autrement leur préférence.

La validité des dispositions attentatoires n'est pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif consistant à assurer le rapport coût-efficacité du régime de crédits d'impôt constitue une préoccupation urgente et réelle, l'obligation de présenter 50 candidats ne respecte pas le volet relatif à la proportionnalité du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. En ce qui concerne l'interdiction faite aux candidats de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés et d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote, il n'existe aucun lien que ce soit entre le critère des 50 candidatures et l'objectif susmentionné. L'interdiction faite à certains partis politiques de remettre des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales ne présente pas non plus de lien rationnel avec cet objectif. Il n'existe au mieux qu'un lien tenu entre une disposition n'ayant aucune incidence sur le nombre de citoyens ayant droit au crédit d'impôt ou sur le montant de ce crédit et l'objectif en cause. De plus, le gouvernement n'a présenté aucun élément de preuve établissant que l'application du critère des 50 candidatures accroît effectivement l'efficacité du régime de crédits d'impôt du point de vue du rapport coût-efficacité. Les dispositions contestées ne satisfont pas au critère de l'atteinte minimale, étant donné que la réduction du coût du régime de crédits d'impôt pourrait être réalisée sans violer l'art. 3. Qui plus est, les effets bénéfiques de cette réduction des coûts ne l'emportent pas sur les effets préjudiciables des dispositions contestées.

While preserving the integrity of the electoral process is a pressing and substantial concern in a free and democratic state, this objective provides no justification for the restriction on the right of candidates to list their party affiliation on the ballot papers. The same is true of the restriction on the right to issue tax credits and the right to transfer unspent election funds to the party. Furthermore, even if the restrictions on the right to issue the tax credit and the right to retain unspent election funds prevent the misuse of the electoral financing regime, the legislation fails the minimal impairment test. In each instance, the government has failed to demonstrate that it could not achieve the same results without violating s. 3 of the *Charter*.

Lastly, articulating the objective as ensuring a viable outcome for responsible government in the form of majority governments is problematic. In any event, the 50-candidate threshold fails the rational connection test and its salutary benefits have not been shown to outweigh its deleterious effects.

Per Gonthier, LeBel and Deschamps JJ.: While capacity to play a meaningful role in the electoral process is a core value of s. 3, stating the sole question at the infringement stage of the analysis as whether the legislation interferes with that capacity understates the complexity of effective representation and meaningful participation. These concepts comprise intertwined and opposed principles. The proper approach is to define the right through a contextual and historical analysis. The impugned legislation furthers significant democratic values by forming part of a scheme that recognizes and regulates political parties. The 50-candidate threshold benefits parties with broad appeal and encourages the aggregation of political will. These are important values, as evidenced by their place in our history and institutions, that in principle could be furthered at the price of compromising individual participation to a certain extent. In this case, however, the legislation goes too far and conflicts with s. 3.

Individual participation is of central importance, but s. 3 is also concerned with the representation of communities. Meaningful participation involves political groups and alliances between groups representing communities. Section 3 must also be interpreted in harmony with our political traditions and a purely individualistic approach is difficult to reconcile with Canadian political values. Not every government measure with an adverse impact

Bien que la protection de l'intégrité du processus électoral soit une préoccupation urgente et réelle dans un État libre et démocratique, cet objectif ne saurait justifier de refuser aux candidats le droit d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote. Cette constatation vaut également pour le refus d'accorder le droit de remettre des reçus fiscaux et celui de remettre au parti les fonds électoraux non dépensés. De plus, même si le refus de ces deux avantages prévient l'utilisation à mauvais escient du système de financement électoral, les dispositions contestées ne respectent pas le critère de l'atteinte minimale. Dans aucun de ces cas, le gouvernement n'a pu établir qu'il lui serait impossible d'obtenir le même résultat sans violer l'art. 3 de la *Charte*.

Enfin, le fait de dire que l'objectif consiste à faire en sorte que le résultat du processus électoral soit viable compte tenu de notre régime de gouvernement responsable est problématique. Quoi qu'il en soit, la règle exigeant 50 candidatures ne satisfait pas au critère du lien rationnel et il n'a pas été démontré que les effets bénéfiques de cette exigence l'emportent sur ses effets préjudiciables.

Les juges Gonthier, LeBel et Deschamps : Bien que la capacité de jouer un rôle important dans le processus électoral soit une valeur fondamentale déterminant le contenu de l'art. 3, le fait de se demander seulement si les dispositions législatives contestées portent atteinte à cette capacité minimise la complexité des notions de représentation effective et de participation utile au processus électoral. Ces concepts comprennent des principes liés et opposés. La démarche appropriée consiste à définir le droit en cause au moyen d'une analyse contextuelle et historique. En tant que composantes du régime de réglementation et de reconnaissance des partis politiques, les dispositions législatives contestées favorisent le respect d'importantes valeurs démocratiques. L'obligation de présenter un minimum de 50 candidats tend à avantager les partis bénéficiant de larges appuis et favorise l'agréation de la volonté politique. La place qu'elles occupent dans notre histoire et dans nos institutions témoigne de l'importance de ces valeurs, qui, en principe, pourraient être favorisées au détriment, dans une certaine mesure, de la participation individuelle. En l'espèce, toutefois, les dispositions législatives contestées vont trop loin et elles sont incompatibles avec l'art. 3.

La participation individuelle revêt une importance capitale, mais l'art. 3 porte aussi sur la représentation des collectivités. La participation utile au processus électoral suppose la formation de groupes politiques et d'alliances entre des groupes représentant des collectivités. L'article 3 doit recevoir une interprétation qui s'accorde avec nos traditions politiques. Il est difficile de concilier une démarche à caractère purement individualiste avec les

on participation renders it meaningless and legislation to further other democratic values may compromise individual participation without necessarily depriving citizens of meaningful representation.

Diminution of one aspect of effective representation can ultimately result in more effective representation, suggesting that effective representation consists of many different components. Meaningful participation similarly comprises different aspects. It can be just as meaningful to participate as a member of a group as it is to participate as an individual. Enhancing group participation almost inevitably entails some cost to individual participation. The question is whether there is undue dilution of the individual citizen's capacity to participate, in other words, whether the opportunity to make free choices or to compete fairly in the political process is so constricted that there is no genuine opportunity to participate.

The infringement analysis should not stop with a finding of interference with meaningful participation. It should examine the severity of the interference and the reason for it, considering all relevant contextual factors. Some balancing of competing values is appropriate when defining protected rights and values and a full proportionality analysis should consider the competing values in s. 3. Ascertaining whether s. 3 has been infringed requires acknowledging the need for an appropriate compromise between the competing forces that together define meaningful participation. The content and scope of every *Charter* right is determined with reference to its purpose, which may be connected to both individual and group concerns. Section 3 is not a qualified right but its implicit content is identified with qualified phrases. Section 3 ensures that voters are reasonably informed and that parties and candidates have a reasonable opportunity to present their positions. These implicit protections are to be included if s. 3 is to be given full effect. Section 3 cannot be understood without reference to its social and systemic context. Its exercise requires state involvement. It obliges the government to set up an electoral system providing for democratic government in accordance with voters' choices. Measuring the system requires assessing how well it represents both Canadian society as a whole and the groups that make up our social fabric. The analysis should consider whether it provides effective representation and meaningful participation, bearing in mind countervailing values including social and

valeurs propres à la politique canadienne. La participation ne perd pas son caractère utile chaque fois qu'une mesure gouvernementale a sur elle un effet préjudiciable, et des dispositions législatives peuvent entraver la participation individuelle sans nécessairement empêcher les citoyens de se faire entendre utilement.

L'affaiblissement d'un aspect de la représentation effective peut en définitive se traduire par une représentation plus effective, ce qui indique que la représentation effective se compose de différents éléments. De même, la notion de participation utile au processus démocratique comporte elle aussi un certain nombre d'aspects. La participation en tant que membre d'un groupe peut être aussi utile que la participation en tant qu'individu. L'accroissement des possibilités de participation du premier type se fait presque inévitablement au détriment de la participation individuelle. La question consiste à se demander si on a affaibli de façon déraisonnable la capacité de participation du citoyen visé, en d'autres mots si on a restreint à tel point la possibilité de ce citoyen de choisir librement ou de participer à une bataille équitable dans le processus politique qu'il ne conserve plus vraiment la possibilité de participer utilement au processus démocratique.

L'analyse relative à la violation ne prend pas fin après la conclusion qu'il y a atteinte à la capacité de participer utilement au processus électoral. Il faut s'interroger sur la gravité de l'atteinte et sur sa raison d'être, en tenant compte de tous les facteurs contextuels pertinents. Une certaine forme de mise en balance des valeurs opposées demeure appropriée pour définir les droits et valeurs protégés et, pour réaliser l'analyse complète de la proportionnalité, il faut prendre en considération les valeurs opposées qu'on retrouve à l'art. 3. Pour décider s'il y a eu violation de l'art. 3, il faut reconnaître la nécessité d'établir un compromis adéquat entre les diverses forces opposées qui, ensemble, caractérisent la participation utile au processus démocratique. Le contenu et la portée de tout droit garanti par la *Charte* sont déterminés par rapport à l'objet du droit en question, qui peut se rattacher à des préoccupations individuelles et à des préoccupations collectives. L'article 3 ne crée pas un droit « relatif », mais son contenu implicite est précisé à l'aide d'expressions restrictives. L'article 3 garantit que les électeurs sont raisonnablement informés et que les candidats bénéficient d'une possibilité raisonnable d'exposer leurs positions. Il faut tenir compte de ces garanties implicites pour que la disposition puisse produire son plein effet. Il est impossible d'appréhender le sens de l'art. 3 sans se référer au contexte social et systémique de cette disposition. L'exercice des droits garantis par l'art. 3 requiert l'intervention de l'État. Cet article impose à l'État l'obligation d'instaurer un système électoral pourvoyant à

collective values. This is not equated with a s. 1 analysis but does depend on whether there are corresponding benefits related to other democratic values and whether the end result is a deprivation of meaningful participation.

The 50-candidate threshold furthers an aspect of effective representation that can validly be weighed against the value of individual participation. It enhances the aggregation of political preferences and promotes cohesion, values closely connected to the role of political parties in the Canadian electoral system. The threshold is part of a scheme furthering the important democratic values of accountability, political communication, and grassroots participation and cannot be divorced from its context for the purposes of constitutional scrutiny.

Legal recognition of parties necessitates a definition of a party. Parties develop policy and compete in elections. The registration system relates to their competitive role and making the benefits of registration available to groups that do not seriously compete in elections could undermine the scheme. The 50-candidate rule shuts out genuine competitors, however, and limits opportunities to support small parties. It would be possible to enhance democratic values without so large a threshold.

Inequities in the electoral system are not acceptable merely because they have historical precedent and institutions are not constitutional merely because they already exist. Our electoral infrastructure is deliberately designed to confer advantages on mainstream political movements. Our system of voting tends to produce majority governments and reflects a preference for broadly supported parties. The government has latitude in how to design the

l'établissement d'un gouvernement démocratique correspondant aux choix des électeurs canadiens. Pour bien apprécier ce système, il faut se demander dans quelle mesure il sert adéquatement la société canadienne dans son ensemble et les groupes qui forment notre tissu social. Dans cette analyse, il faut se demander si le système électoral pourvoit à la représentation effective des citoyens et leur permet de participer utilement au processus démocratique, à la lumière des valeurs opposées, notamment les valeurs sociales et collectives, que comportent ces deux notions. Cet examen ne correspond pas à l'analyse effectuée pour l'application de l'article premier, mais il dépend néanmoins de la réponse à la question de savoir si la mesure en cause produit des avantages correspondants liés à d'autres valeurs démocratiques et si elle se traduit en définitive par une privation du droit de participer utilement au processus démocratique.

La règle des 50 candidatures renforce un aspect de la représentation effective que l'on peut valablement mettre en équilibre avec la valeur que constitue la participation individuelle. Elle renforce l'agrégation des préférences politiques et favorise la cohésion, valeurs intimement liées au rôle que jouent les partis politiques dans le système électoral canadien. L'obligation de présenter au moins 50 candidats dans une élection renforce les importantes valeurs démocratiques que sont l'obligation de rendre compte, la communication politique et la participation populaire et elle ne peut être dissociée de son contexte lors de l'examen de sa constitutionnalité.

L'établissement d'une procédure de reconnaissance légale des partis exige que l'on définisse en quoi consiste un parti. Les partis élaborent des politiques et se disputent la faveur des électeurs. Le régime d'enregistrement est lié au rôle que jouent les partis en tant que participants aux élections et le fait d'offrir les avantages découlant de l'enregistrement à des groupes qui n'entendent pas rivaliser sérieusement avec les autres participants aux élections risque de compromettre la réalisation des objectifs du régime. Toutefois, la règle des 50 candidatures exclut certains partis qui participent réellement au processus électoral, en plus de limiter les possibilités pour les citoyens d'appuyer des petits partis. Il serait possible de renforcer les valeurs démocratiques sans exiger de la présentation d'un nombre aussi élevé de candidats.

Les inégalités de notre système électoral ne sont pas acceptables du seul fait qu'elles ont des précédents dans l'histoire; par ailleurs, une institution n'est pas constitutionnelle simplement parce qu'elle existe. Notre infrastructure électorale a été délibérément aménagée de façon à accorder des avantages aux mouvements politiques traditionnels. Notre mode de scrutin tend à produire des gouvernements majoritaires et témoigne d'une

electoral system and the prerogative to choose to enhance aggregation of political will and cohesiveness. These values should be taken into account and our history and existing institutions identify a philosophy that recognizes values other than individual participation. Within the limits of what is permissible set by the right to meaningful participation, the legislative choice of a version of democratic representation is a matter in which this Court should not intervene. Regional representation, a third aspect and a component of effective representation and meaningful participation, is also implicated. Regional representation can conflict with the value of individual participation on an equal footing. Regional representation, although not to be overstated, is one of the values to be taken into account in defining meaningful representation and determining whether government action offends s. 3.

The 50-candidate threshold infringes s. 3 by denying some candidates and their supporters the opportunity for meaningful participation. It is a burden for parties committed to running serious campaigns in a few ridings and it is not a perfect tool for aggregating political preferences or identifying parties with a commitment to electoral competition and a substantial political agenda. Nominating a candidate does not necessarily indicate support in a constituency. The rule can be over- or under-inclusive and is potentially subject to manipulation. It permits registrations of parties viewed as far removed from mainstream politics or as single-issue movements. It can shut out parties with fully developed platforms and a genuine interest in electoral competition. Finally, it conflicts with regional representation and has a disparate impact in that registration of a single-province party can occur only in Ontario and Quebec.

The justifications advanced by the government have been considered in the infringement stage of this analysis and the finding that the threshold infringes s. 3 essentially amounts to a conclusion that it is inconsistent with the values of Canadian democracy. There would be no reason in a full s. 1 analysis to doubt that the legislative objectives

préférence pour les partis bénéficiant de larges appuis. Le gouvernement dispose d'une assez grande latitude pour décider comment structurer le système électoral et il possède le privilège de décider de favoriser l'agrégation de la volonté politique et la cohésion. Ces valeurs doivent être prises en compte et l'examen de notre histoire et de nos institutions actuelles fait ressortir l'existence d'une philosophie qui reconnaît d'autres valeurs en plus de la participation individuelle. Dans la mesure où elle respecte les limites fixées par le droit de participer utilement au processus électoral, la décision de choisir une forme de représentation démocratique donnée est une question à l'égard de laquelle notre Cour ne doit pas intervenir. Entre également en jeu un troisième facteur, la représentation régionale, qui est un aspect de la représentation effective et de la participation utile au processus électoral. La représentation régionale peut elle aussi s'opposer, en tant que valeur équivalente, à la participation individuelle. Quoique son importance ne doive pas être exagérée, la représentation régionale est une des valeurs qui doit être prise en considération pour définir la notion de représentation utile et pour déterminer si une mesure gouvernementale viole l'art. 3.

La règle des 50 candidatures viole l'art. 3 en privant certains candidats et leurs partisans de la possibilité de participer utilement au processus démocratique. Elle représente un fardeau pour les partis qui sont déterminés à faire campagne sérieusement dans quelques circonscriptions et elle n'est pas l'outil idéal pour réaliser l'agrégation des préférences politiques ou pour aider à identifier les véritables partis déterminés à participer à la course électorale et possédant un programme politique sérieux. La présentation d'un candidat dans une circonscription n'indique pas nécessairement que le parti jouit d'appuis dans cette circonscription. La règle est toutefois vulnérable aux manipulations et elle peut s'avérer trop inclusive et trop exclusive. Elle a permis l'enregistrement de partis considérés comme des mouvements très éloignés des tendances politiques traditionnelles de la politique canadienne ou qui ne défendent qu'une seule cause. Elle peut exclure des partis qui possèdent un programme politique élaboré et qui sont réellement intéressés à participer à la course électorale. Enfin, la règle des 50 candidatures contrevient au principe de la représentation régionale et produit des effets distincts selon les régions, puisque ce n'est qu'en Ontario et au Québec que peut être enregistré un parti défendant les intérêts d'une seule province.

Les justifications avancées par le gouvernement ont été examinées dans le volet relatif à l'atteinte de l'analyse et la conclusion que les dispositions législatives violent l'art. 3 revient essentiellement à conclure qu'elles sont incompatibles avec les valeurs de la démocratie canadienne. Si on procérait à l'analyse complète requise par

are pressing and substantial. The values furthered are consistent with some of the fundamental principles of a free and democratic society and favouring large parties may not be discordant with those principles. The Crown should not be required to demonstrate that the electoral system adopted by Parliament results in substantially better governance than an alternative system because it is hard to imagine how it would prove that proposition and the definition of good or better government should not be fixed as a legal standard. The Court risks unduly expanding the scope of judicial review of the design of the electoral system by suggesting that the motive behind the legislation may itself be illegitimate. Whatever system is adopted must respect the right of each individual to meaningful participation but that right should not be defined too inflexibly.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Explained: *Reference re Provincial Electoral Boundaries* (Sask.), [1991] 2 S.C.R. 158; **referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dixon v. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3.

By LeBel J.

Distinguished: *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; **referred to:** *Reference re Provincial Electoral*

l'article premier, il n'y aurait aucune raison de mettre en doute le caractère urgent et réel des objectifs du législateur. Les valeurs renforcées par les dispositions législatives contestées sont compatibles avec quelques-uns des principes fondamentaux d'une société libre et démocratique, et le fait de favoriser les grands partis pourrait ne pas être incompatible avec ces principes. La Couronne ne devrait pas être tenue de démontrer que le système électoral adopté par le Parlement conduit à une bien meilleure administration du pays qu'un autre système, car il est difficile d'imaginer comment elle pourrait faire la preuve de cette thèse. De plus, la définition d'un bon gouvernement ou d'un meilleur gouvernement ne devrait pas être arrêtée au moyen d'une norme juridique. En suggérant que la motivation à la base des dispositions législatives contestées puisse elle-même ne pas être légitime, notre Cour risque d'élargir indûment la portée du contrôle judiciaire de la structure du système électoral. Quel que soit le système adopté, il doit respecter le droit de tout individu de participer utilement au processus démocratique. Toutefois, ce droit ne doit pas être défini de façon trop rigide.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt interprété : *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales* (Sask.), [1991] 2 R.C.S. 158; **arrêts mentionnés :** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dixon c. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

Citée par le juge LeBel

Distinction d'avec les arrêts : *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; **arrêts mentionnés :**

Boundaries (Sask.), [1991] 2 S.C.R. 158; *Canadian Disability Rights Council v. Canada*, [1988] 3 F.C. 622; *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628; *Re Hoogbruin and Attorney-General of British Columbia* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718; *Dixon v. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393; *MacKinnon v. Prince Edward Island* (1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 232; *Reference re Electoral Boundaries Commission Act (Alberta)* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 210; *Reference re Electoral Divisions Statutes Amendment Act, 1993 (Alberta)* (1994), 24 Alta. L.R. (3d) 1; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

Statutes and Regulations Cited

- Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, ss. 24(2), (3), 28(2) [rep. & sub. 1993, c. 19, s. 18], 100(1)(a), (b), (2), 232.
Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 370(1), 385.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d), 3, 7, 8, 15(1).
Constitution Act, 1867, preamble, s. 51A.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 127(3) [repl. 2000, c. 9, s. 560(1)].

Authors Cited

- Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.
Cairns, Alan C. «The Charter and the Constitution Act, 1982», in R. S. Blair and J. T. McLeod, eds., *The Canadian Political Tradition: Basic Readings*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Nelson Canada, 1993, 62.
Canada. Committee on Election Expenses. *Report of the Committee on Election Expenses*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.
Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VIII, 2nd Sess., 28th Parl., June 23, 1970, p. 8509.
Canada. Legislature. *Parliamentary Debates on the subject of the Confederation of the British North American Provinces*, 3rd Sess., 8th Provincial Parliament of Canada. Quebec: Hunter, Rose & Co., 1865.
Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. *Reforming Electoral Democracy: Final Report*, vol. 1. Ottawa: The Commission, 1991.

Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.), [1991] 2 R.C.S. 158; *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622; *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628; *Re Hoogbruin and Attorney-General of British Columbia* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718; *Dixon c. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393; *MacKinnon c. Prince Edward Island* (1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 232; *Reference re Electoral Boundaries Commission Act (Alberta)* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 210; *Reference re Electoral Divisions Statutes Amendment Act, 1993 (Alberta)* (1994), 24 Alta. L.R. (3d) 1; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2d), 3, 7, 8, 15(1).
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 51A.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1(5^e suppl.), art. 127(3) [rempl. 2000, ch. 9, art. 560(1)].
Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 24(2), (3), 28(2) [abr. & rempl. 1993, ch. 19, art. 18], 100(1)a), b), (2), 232.
Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 370(1), 385.

Doctrine citée

- Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.
Cairns, Alan C. «The Charter and the Constitution Act, 1982», in R. S. Blair and J. T. McLeod, eds., *The Canadian Political Tradition : Basic Readings*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Nelson Canada, 1993, 62.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 2^e sess., 28^e lég., 23 juin 1970, p. 8509.
Canada. Comité des dépenses électORALES. *Rapport du Comité des dépenses électORALES*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966.
Canada. Commission royale sur la réforme électORALE et le financement des partis. *Pour une démocratie électORALE renouvelée : Rapport final*, vol. 1. Ottawa : La Commission, 1991.
Canada. Législature. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3^e sess., 8^e parlement provincial du Canada. Québec : Hunter, Rose & Lemieux, 1865.

Courtney, John C. "Electoral Reform and Canada's Parties", in Henry Milner, ed., *Making Every Vote Count: Reassessing Canada's Electoral System*. Peterborough, Ont.: Broadview Press, 1999, 91.

Gaudreault-DesBiens, Jean-François. "La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme: quelques remarques sur les vingt premières années d'une relation ambiguë", [2003] *R. du B.* 271.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, student ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002.

MacIvor, Heather. "A Brief Introduction to Electoral Reform", in Henry Milner, ed., *Making Every Vote Count: Reassessing Canada's Electoral System*. Peterborough, Ont.: Broadview Press, 1999, 19.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2000), 50 O.R. (3d) 161, 189 D.L.R. (4th) 577, 137 O.A.C. 252, [2000] O.J. No. 3007 (QL), varying a judgment of the Ontario Court (General Division) (1999), 43 O.R. (3d) 728, 170 D.L.R. (4th) 647, 61 C.R.R. (2d) 91, [1999] O.J. No. 689 (QL). Appeal allowed.

Peter Rosenthal and Kikelola Roach, for the appellant.

Roslyn J. Levine, Q.C., Gail Sinclair and Peter Hajecak, for the respondent.

Dominique A. Jobin and Sébastien Arès, for the intervenor.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

¹ This appeal raises fundamental questions in respect of the democratic process in our country. More specifically, this appeal focusses on the purpose and meaning to be given to s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which confers on each citizen the right to vote in the election of members of the House of Commons and the provincial legislative assemblies and to be qualified for membership therein. The issue is whether federal legislation that restricts access to certain benefits to

Courtney, John C. « Electoral Reform and Canada's Parties », in Henry Milner, ed., *Making Every Vote Count : Reassessing Canada's Electoral System*. Peterborough, Ont. : Broadview Press, 1999, 91.

Gaudreault-DesBiens, Jean-François. « La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme : quelques remarques sur les vingt premières années d'une relation ambiguë », [2003] *R. du B.* 271.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, student ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2002.

MacIvor, Heather. « A Brief Introduction to Electoral Reform », in Henry Milner, ed., *Making Every Vote Count : Reassessing Canada's Electoral System*. Peterborough, Ont. : Broadview Press, 1999, 19.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2000), 50 O.R. (3d) 161, 189 D.L.R. (4th) 577, 137 O.A.C. 252, [2000] O.J. No. 3007 (QL), qui a modifié un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1999), 43 O.R. (3d) 728, 170 D.L.R. (4th) 647, 61 C.R.R. (2d) 91, [1999] O.J. No. 689 (QL). Pourvoi accueilli.

Peter Rosenthal et Kikelola Roach, pour l'appellant.

Roslyn J. Levine, c.r., Gail Sinclair et Peter Hajecak, pour l'intimé.

Dominique A. Jobin et Sébastien Arès, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève des questions fondamentales en ce qui concerne le processus démocratique dans notre pays. Il porte plus particulièrement sur l'objet et la portée de l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui dispose que tout citoyen a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales. Il s'agit de décider si contreviennent à l'art. 3 de la *Charte* les dispositions législatives fédérales qui n'accordent certains avantages qu'aux seuls partis

political parties that have nominated candidates in at least 50 electoral districts violates s. 3. I conclude that it does and would therefore allow the appeal.

II. Legislative Background

Under the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2 (the “*Elections Act*”), political parties seeking registered party status must comply with a number of requirements. A political party seeking registered party status must have at least 100 members and must appoint a leader, a chief agent and an auditor. These requirements are not at issue in this appeal.

At issue in this appeal is the requirement that a political party must nominate candidates in at least 50 electoral districts in order to obtain, and then to retain, registered party status:

24. . . .

(2) On receipt of an application for registration of a political party pursuant to subsection (1), the Chief Electoral Officer shall examine the application and determine whether the party can be registered under this section and

(a) where he determines that, on the nomination by the party of fifty candidates in accordance with paragraph 3(a) or (b), whichever is applicable, the party could be registered, so inform the leader of the party; or

(b) in any other case, inform the leader of the party that the party cannot be registered.

(3) Where the leader of a political party has been informed by the Chief Electoral Officer pursuant to paragraph 2(a) that, on the nomination of fifty candidates in accordance with paragraph (a) or (b), whichever is applicable, the party could be registered, the party shall be registered

(a) if the application for registration is filed within the period commencing with the day following polling day at one general election and terminating on the sixtieth day before the issue of writs for the next general election, on the day after the party had officially nominated candidates in fifty electoral districts at the next general election, or

(b) if the application for registration is filed within the period commencing with the fifty-ninth day before the

politiques ayant présenté des candidats dans au moins 50 circonscriptions électorales. J'estime qu'il y a violation de l'art. 3 et, en conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Contexte législatif

Suivant la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2 (la « *Loi électorale* »), tout parti politique qui désire être enregistré doit satisfaire à un certain nombre de conditions. Il doit compter au moins 100 membres et nommer un chef, un agent principal ainsi qu'un vérificateur. Ces conditions ne sont pas en litige dans le présent pourvoi.

En l'espèce, la condition litigieuse est celle exigeant que le parti présente un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales s'il veut obtenir et maintenir son enregistrement. Les deux dispositions législatives contestées sont les suivantes :

24. . . .

(2) Au reçu d'une demande d'enregistrement d'un parti politique en conformité avec le paragraphe (1), le directeur général des élections étudie la demande, décide si le parti peut être enregistré en vertu du présent article et informe le chef du parti que :

a) le parti pourra être enregistré quand, en conformité avec l'alinéa (3)a) ou b), cinquante candidats auront été officiellement présentés par le parti;

b) dans les autres cas, le parti ne pourra être enregistré.

(3) Le directeur général des élections enregistre le parti politique dont il a informé le chef, conformément à l'alinéa (2)a), qu'il pourra être enregistré dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) la demande d'enregistrement est produite dans la période commençant le lendemain du jour du scrutin d'une élection générale et se terminant le soixantième jour avant l'émission des brefs de la prochaine élection générale, le lendemain du jour où le parti aura officiellement présenté des candidats dans cinquante circonscriptions en vue de cette prochaine élection générale;

b) la demande d'enregistrement est produite dans la période commençant le cinquante-neuvième jour

issue of writs for a general election and terminating on polling day at that election, on the day after the party has officially nominated candidates in fifty electoral districts at the general election next following the general election falling within that period,

and if the political party fails to nominate fifty candidates in accordance with paragraph (a) or (b), whichever is applicable, the Chief Electoral Officer shall inform the leader of the party that the party cannot be registered.

28. . . .

(2) The Chief Electoral Officer shall, on the close of nominations at a general election, delete from the registry referred to in subsection 24(1), any registered party that did not at the close of nominations on that day have candidates in at least fifty of the electoral districts.

4 Upon obtaining registered party status, a political party is qualified for a number of benefits. Among these benefits is the right to free broadcast time, the right to purchase reserved broadcast time, and the right to partial reimbursement of election expenses upon receiving a certain percentage of the vote. The constitutionality of withholding these benefits from political parties that have not satisfied the 50-candidate threshold is not at issue in this appeal. The only benefits that will be considered in this appeal are the right of a political party to issue tax receipts for donations received outside the election period, the right of a candidate to transfer unspent election funds to the party (rather than remitting them to the government), and the right of a party's candidates to list their party affiliation on the ballot papers.

5 The right of the party to issue tax receipts for donations received outside the election period is provided for by s. 127(3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.):

127. . . .

(3) There may be deducted from the tax otherwise payable by a taxpayer under this Part for a taxation year in respect of the total of all amounts each of which is a monetary contribution made by the taxpayer in the year to a registered party or to a candidate whose nomination has been confirmed in an election of a member or members to serve in the House of Commons of Canada (in this section referred to as "the total"),

avant l'émission des brefs d'une élection générale et se terminant le jour du scrutin à cette élection, le lendemain du jour où le parti aura officiellement présenté des candidats dans cinquante circonscriptions à l'élection générale qui suit celle qui tombe dans cette période.

Si le parti politique ne peut présenter cinquante candidats en conformité avec l'alinéa a) ou b), le directeur général des élections doit informer le chef du parti que le parti ne peut être enregistré.

28. . . .

(2) Le directeur général des élections doit, lors d'une élection générale, à la fin des présentations, radier le parti enregistré qui n'avait pas, à la fin des présentations, de candidat dans au moins cinquante circonscriptions.

Les partis politiques enregistrés bénéficient d'un certain nombre d'avantages. Par exemple, un parti enregistré a droit à du temps d'antenne gratuit, il peut acheter du temps d'antenne réservé et il a droit au remboursement partiel des dépenses électorales lorsqu'il recueille un pourcentage donné des suffrages. La constitutionnalité du refus de ces avantages aux partis politiques qui ne présentent pas au moins 50 candidats n'est pas en litige en l'espèce. Les seuls avantages examinés dans le présent pourvoi sont le droit des partis politiques de délivrer des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales, ainsi que le droit des candidats de remettre à leur parti (plutôt qu'au gouvernement) les fonds non dépensés pendant la campagne électorale et celui d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote.

Le droit d'un parti de délivrer des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales est prévu au par. 127(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) :

127. . . .

(3) Il peut être déduit de l'impôt payable par ailleurs par un contribuable en vertu de la présente partie, pour une année d'imposition, au titre du total des montants dont chacun est une contribution monétaire versée par le contribuable, au cours de l'année, à un parti enregistré ou à un candidat confirmé, pour l'élection d'un ou de plusieurs députés à la Chambre des communes du Canada (appelé « le total » au présent article) :

- (a) 75% of the total, if the total does not exceed \$200,
- (b) \$150 plus 50% of the amount by which the total exceeds \$200, if the total exceeds \$200 and does not exceed \$550, or
- (c) the lesser of
 - (i) \$325 plus 33 1/3% of the amount by which the total exceeds \$550, and
 - (ii) \$500,

if payment of each monetary contribution that is included in the total is proven by filing a receipt with the Minister, signed by a registered agent of the registered party or by the official agent of the candidate whose nomination has been confirmed, as the case may be, that contains prescribed information.

The right of a candidate to transfer unspent election funds to the party rather than the Receiver General is provided for by s. 232 of the *Elections Act*:

- 232.** Where the aggregate of all money received by
- (a) an official agent of a candidate pursuant to paragraph 217(1)(b),
 - (b) the official agent pursuant to sections 241 to 247, and
 - (c) the candidate as a refund under this Act of the deposit made by him pursuant to paragraph 81(1)(j),

is in excess of the amount required by the candidate to pay the aggregate of the deposit referred to in paragraph 81(1)(j) and

- (d) election expenses and all other reasonable expenses incidental to the election,
- (e) personal expenses,
- (f) auditor's fees in excess of the amount paid under paragraph 243(4)(b) or subsection 244(2), and
- (g) costs with respect to a recount pursuant to subsection 171(1) or sections 176 to 184 of the votes cast in his electoral district, to the extent that the costs exceed any amount paid to the candidate by the Receiver General pursuant to subsection 171(5),

incurred by him in relation to the election, the amount of the excess shall be paid by the official agent,

- a) 75 % du total lorsque celui-ci ne dépasse pas 200 \$;
- b) 150 \$ plus 50 % de la différence entre 200 \$ et le total si celui-ci dépasse 200 \$ sans dépasser 550 \$;
- c) le moindre des montants suivants :
 - (i) 325 \$ plus 33 1/3 % de la différence entre 550 \$ et le total si celui-ci dépasse 550 \$,
 - (ii) 500 \$,

si le versement de chaque contribution monétaire comprise dans le total est prouvé par la présentation au ministre d'un reçu signé d'un agent enregistré du parti enregistré ou de l'agent officiel du candidat confirmé, selon le cas, qui contient les renseignements requis.

L'article 232 de la *Loi électorale* dispose que les candidats peuvent remettre à leur parti — plutôt qu'au receveur général — les fonds électoraux non dépensés :

- 232.** Lorsque le total de l'argent reçu par :
- a) un agent officiel d'un candidat en vertu de l'alinéa 217(1)b);
 - b) un agent officiel en vertu des articles 241 à 247;
 - c) un candidat à titre de remboursement, en vertu de la présente loi, du dépôt qu'il devait faire en conformité avec l'alinéa 81(1)j),
- est supérieur au total du dépôt visé à l'alinéa 81(1)j) et des dépenses suivantes engagées par le candidat relativement à l'élection :
- d) ses dépenses d'élection et toutes les dépenses raisonnables qui découlent de l'élection;
 - e) ses dépenses personnelles;
 - f) la partie des honoraires du vérificateur qui excède le montant payé en application de l'alinéa 243(4)b) ou du paragraphe 244(2);
 - g) les frais relatifs à un recomptage, en conformité avec le paragraphe 171(1) ou les articles 176 à 184, des votes dans la circonscription, dans la mesure où ces frais dépassent le montant payé par le receveur général au candidat en conformité avec le paragraphe 171(5),

l'agent officiel remet cet excédent :

(h) where the political affiliation of the candidate was shown on the ballot paper as a registered party, to any local organization or association of members of the party in the electoral district of the candidate or to the registered agent of the party, or

(i) in any other case, to the Receiver General,

within one month after the official agent of the candidate receives reimbursement pursuant to subsection 243(4) in respect of the candidate's election expenses or two months after the filing by the official agent of the return respecting election expenses in respect of the candidate, whichever is the later.

7

Finally, the right of the party's candidates to list their party affiliation on the ballot papers is provided for by s. 100 of the *Elections Act*:

100. (1) All ballot papers shall be of the same description and as nearly alike as possible and each ballot paper shall be a printed paper on which

(a) the names of the candidates, alphabetically arranged in the order of their surnames, shall be set out as those names appear in their nomination papers;

(b) the political affiliation of each candidate, if any, as indicated under section 81 at the time of nomination of the candidate, shall be set out, after or under the name of the candidate;

(2) Notwithstanding subsection (1), where a candidate at an election has filed an instrument in writing pursuant to paragraph 81(1)(h) stating that the political affiliation of the candidate is a registered party named in the instrument and the registered party is deleted from the registry by the Chief Electoral Officer, either before or after nomination of the candidate, neither the word "independent" nor any other political affiliation shall be set out after or under the name of the candidate on the ballot paper for the electoral district for which the candidate has been nominated.

8

The effect of these provisions is that candidates nominated by political parties that have not satisfied the 50-candidate threshold are not entitled to issue tax receipts for donations received outside the election period, to transfer unspent election funds to the party or to list their party affiliation on the ballot papers.

h) lorsque les bulletins de vote indiquent que l'appartenance politique du candidat est un parti enregistré, à une organisation ou association locale des membres du parti dans la circonscription du candidat ou, à l'agent enregistré du parti;

i) dans les autres cas, au receveur général,

selon la dernière éventualité qui se réalise, dans le mois qui suit la réception, par l'agent officiel du candidat du remboursement visé au paragraphe 243(4) relativement aux dépenses électorales du candidat ou dans les deux mois qui suivent le dépôt, par l'agent officiel, du rapport concernant les dépenses d'élection relatives au candidat.

Enfin, l'article 100 de la *Loi électorale* dispose que les candidats peuvent inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote :

100. (1) Tous les bulletins de vote doivent répondre à la même description et se ressembler le plus possible, et chaque bulletin de vote doit être un document imprimé où :

a) sont inscrits les noms des candidats, suivant l'ordre alphabétique de leur nom de famille et tels qu'ils figurent sur leur bulletin de présentation respectif;

b) est indiquée, après ou sous le nom de chaque candidat, son appartenance politique, s'il en est, telle qu'elle est donnée, en vertu de l'article 81, au moment de la présentation de ce candidat;

(2) Nonobstant le paragraphe (1), lorsque, avant ou après la présentation d'un candidat, le directeur général des élections radie du registre le parti enregistré que ce candidat a inscrit au titre de son appartenance politique dans l'acte écrit qu'il a déposé en conformité avec l'alinea 81(1)h), les bulletins de vote de la circonscription pour laquelle le candidat a été présenté ne peuvent indiquer, après ou sous son nom, aucune appartenance politique ni le mot « indépendant ».

Ces dispositions ont pour effet que les candidats des partis politiques qui n'ont pas présenté 50 candidats ne peuvent pas délivrer de reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales, ni remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés ou inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote.

III. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1999), 43 O.R. (3d) 728

Molloy J. held that implicit in the right to vote is the right to vote in a fair and democratic election in which all participants are treated as equals. She was of the view that the values underlying the *Charter* demand that democratic rights be available to all citizens on an equal basis. As a consequence, if the government decides to extend a benefit to one political party, that benefit must be equally available to all political parties. Because the effect of the 50-candidate threshold is that only certain political parties are entitled to the benefits in question, Molloy J. found that the threshold is inconsistent with the right of each citizen to run for office. It also is inconsistent with s. 3 of the *Charter* because it deprives voters of the information necessary to make an informed decision. It was her conclusion that the right to vote includes the right to be fully informed as to the party affiliation of each candidate.

Molloy J. then held that this infringement of s. 3 could not be justified under s. 1 of the *Charter* because the stated objective of distinguishing between parties with different levels of support was not pressing and substantial. She held that providing benefits only to those political parties with a broad base of support is the very antithesis of a true democracy. Moreover, even if that objective could be characterized as pressing and substantial, the legislation would fail the *Oakes* test because the 50-candidate threshold is not rationally connected to that objective since the 50-candidate threshold does not accurately measure public support.

Molloy J. thus ordered that the 50-candidate threshold for registered party status be read down to a 2-candidate threshold. The Attorney General appealed to the Court of Appeal for Ontario.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1999), 43 O.R. (3d) 728

La juge Molloy a estimé que le droit de vote emportait implicitement celui de voter à des élections justes et démocratiques, où tous les participants sont traités sur un pied d'égalité. Les valeurs à la base de la *Charte* commandent que tous les citoyens, sans distinction, puissent exercer les droits démocratiques. Par conséquent, lorsque le gouvernement décide d'accorder un avantage à un parti politique, cet avantage doit également être offert à tous les autres partis. Étant donné que, en raison de la limite de 50 candidats, seuls certains partis politiques ont droit aux avantages en cause, la juge Molloy a estimé que cette exigence est incompatible avec le droit de tout citoyen de se présenter aux élections et qu'elle est également incompatible avec l'art. 3 de la *Charte* en ce qu'elle prive les électeurs de l'information nécessaire pour faire un choix éclairé. La juge a conclu que le droit de voter emporte celui d'être informé de l'appartenance politique de chacun des candidats.

La juge Molloy a ensuite estimé que cette atteinte à l'art. 3 ne pouvait être justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*, puisque l'objectif déclaré de la distinction faite entre les partis en fonction de l'appui dont ils bénéficient n'était pas urgent et réel. Le fait de réservé des avantages aux partis politiques jouissant d'un large appui est l'antithèse même d'une véritable démocratie. De plus, d'affirmer la juge, même si cet objectif pouvait être qualifié d'urgent et de réel, la mesure législative ne satisfierait pas au critère de larrêt *Oakes*, puisqu'il n'existe pas de lien rationnel entre l'exigence et cet objectif, la présentation d'un minimum de 50 candidats ne constituant pas une mesure exacte de l'appui populaire.

La juge Molloy a donc ordonné que l'on fasse une interprétation atténuante de la disposition exigeant 50 candidatures, de sorte qu'un parti comptant au moins deux candidats puisse être enregistré. Le procureur général a appelé de cette décision à la Cour d'appel de l'Ontario.

9

10

11

B. *Ontario Court of Appeal* (2000), 50 O.R. (3d) 161

12 Doherty J.A. held that Molloy J. was incorrect to conclude that s. 3 includes a general fairness requirement that requires that benefits provided to some political parties must be provided to all political parties. In his view, the question of whether the 50-candidate threshold violates s. 3 of the *Charter* must be determined with reference to the purpose of s. 3, which is the protection of the right to “effective representation” (para. 69). The issue to be determined, then, is whether the favoured treatment of political parties that nominate candidates in 50 or more electoral districts is inconsistent with the right to effective representation.

13 According to Doherty J.A., effective representation is the desired end product of the electoral process. On this view, the capacity of a political party to enhance effective representation becomes operative only where the party structures voter choice at the national level and offers the electorate an opportunity to become involved in the choosing of a government. As a consequence, statutory provisions that bestow benefits on political parties as a means of enhancing effective representation properly distinguish between (i) parties whose commitment to the process is sufficient to serve that goal and (ii) parties whose commitment is so minimal as to be incapable of serving that goal. Doherty J.A. found that the 50-candidate threshold is an acceptable means of gauging that level of commitment.

14 With respect to the right of candidates to identify their party affiliation on election ballots, Doherty J.A. held that the right to effective representation includes the right to make an informed, rational choice. Because the identification of party affiliation is an essential aspect of this right, extending this benefit only to registered parties constitutes a violation of s. 3 of the *Charter*. Doherty J.A. held that this violation could not be saved under s. 1. Although the objective of ensuring that voters are not confused or misled by information on election ballots is pressing and substantial, the 50-candidate

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2000), 50 O.R. (3d) 161

Selon le juge Doherty, la juge Molloy a eu tort de conclure que le droit garanti à l'art. 3 crée une obligation générale d'équité prescrivant d'étendre à tous les partis politiques les avantages accordés à certains d'entre eux. À son avis, la question de savoir si le critère des 50 candidatures porte atteinte à l'art. 3 de la *Charte* doit être tranchée au regard de l'objet de cette disposition, soit la protection du droit à une [TRADUCTION] « représentation effective » (par. 69). En conséquence, il s'agit de décider si le traitement favorable réservé aux partis politiques qui présentent des candidats dans au moins 50 circonscriptions électorales est incompatible avec le droit à une représentation effective.

De l'avis du juge Doherty, la représentation effective est la finalité que l'on attend du processus électoral. Selon ce point de vue, un parti politique n'est vraiment en mesure de favoriser la représentation effective que s'il rivalise pour la préférence des électeurs à l'échelle nationale et qu'il leur donne la possibilité de participer au choix du gouvernement. En conséquence, une disposition législative qui confère des avantages à certains partis politiques dans le but de favoriser la représentation effective établit à juste titre une distinction entre (i) les partis dont la participation au processus est suffisamment importante pour servir cet objectif et (ii) les partis dont la participation est si minime qu'elle ne saurait être en mesure de le servir. Le juge Doherty a conclu que la présentation de 50 candidats était un moyen acceptable de mesurer ce niveau de participation.

Pour ce qui concerne le droit des candidats d'inscrire leur appartenance politique sur le bulletin de vote, le juge Doherty a estimé que le droit des citoyens à une représentation effective emporte celui de pouvoir faire un choix éclairé, rationnel. L'indication de l'appartenance politique étant un aspect essentiel de l'exercice de ce droit, la reconnaissance de cet avantage aux seuls candidats des partis enregistrés constitue une atteinte à l'art. 3 de la *Charte*. Il a ajouté que cette atteinte ne pouvait être justifiée conformément à l'article premier. Bien que l'objectif consistant à veiller à ce que l'infor-

threshold fails the minimal impairment test, owing to the fact that it extends the prohibition to instances in which there is no danger that the identification of a candidate's party affiliation would confuse or mislead voters.

Doherty J.A. thereby determined that the requirement that a political party must nominate at least 50 candidates to attain registered party status is not inconsistent with s. 3 of the *Charter*, except to the extent that it denies candidates of non-registered parties the right to identify their party affiliation on the election ballot.

IV. Issues

The question to be determined in this appeal is whether ss. 24(2), 24(3) and 28(2) of the *Elections Act* infringe s. 3 of the *Charter* by withholding from candidates nominated by political parties that have failed to satisfy the 50-candidate threshold the right to issue tax receipts for donations received outside the election period, the right to transfer unspent election funds to the party, and the right to list their party affiliation on the ballot papers — and, if so, whether that infringement is reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*.

The appellant also submits that ss. 24(2), 24(3) and 28(2) of the *Elections Act* infringe ss. 2(d) and 15(1) of the *Charter*, and that those infringements cannot be justified under s. 1. Having determined that this matter can be disposed of solely with reference to s. 3 of the *Charter*, I do not address either of those submissions. I also note that this appeal centres on participation in the electoral process that precedes the Parliamentary process. Hence, the manner in which Parliament determines which political parties have official status in the House of Commons is not at issue in this appeal.

mation figurant sur le bulletin de vote n'indue pas l'électeur en erreur ni ne sème la confusion dans son esprit soit urgent et réel, la condition requérant la présentation d'au moins 50 candidats ne respecte pas le critère de l'atteinte minimale, du fait que l'interdiction s'applique même dans les cas où il n'y a aucun risque que la mention de l'appartenance politique du candidat ne sème la confusion chez les électeurs ou ne les trompe.

Le juge Doherty a en conséquence statué que la disposition obligeant les partis politiques à présenter au moins 50 candidats pour obtenir la qualité de parti enregistré n'est pas incompatible avec l'art. 3 de la *Charte*, sauf dans la mesure où elle empêche le candidat d'un parti non enregistré d'inscrire son appartenance politique sur le bulletin de vote.

IV. Questions en litige

Notre Cour doit décider si les par. 24(2), 24(3) et 28(2) de la *Loi électorale* portent atteinte à l'art. 3 de la *Charte*, du fait que, suivant ces dispositions, un parti politique doit présenter un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales pour que ses candidats puissent délivrer des reçus fiscaux à l'égard des dons recueillis en dehors des périodes électorales, puissent lui remettre les fonds électoraux non dépensés et puissent inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote — et, dans l'affirmative, s'il s'agit d'une atteinte raisonnable et dont la justification peut se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*.

L'appelant soutient également que les par. 24(2), 24(3) et 28(2) de la *Loi électorale* violent l'al. 2d) et le par. 15(1) de la *Charte*, et que ces atteintes ne peuvent être justifiées conformément à l'article premier. Ayant conclu que le présent pourvoi peut être tranché en vertu du seul art. 3 de la *Charte*, j'estime inutile d'examiner ces prétentions. Je tiens également à souligner que le présent pourvoi porte principalement sur la participation au processus électoral qui précède le processus parlementaire. Par conséquent, la façon dont le Parlement détermine quels partis politiques ont la qualité de partis officiels à la Chambre des communes n'est pas en litige en l'espèce.

V. Analysis

A. Does the 50-Candidate Threshold Violate Section 3 of the Charter?

18 The first question to be determined in this appeal is whether the restriction on the right of candidates to issue tax receipts for donations received outside the election period, to transfer unspent election funds to the party, and to list their party affiliation on the ballot papers infringes s. 3 of the *Charter*. This requires the Court to perform two tasks. The first is to define the purpose of s. 3 of the *Charter*. The second is to evaluate the 50-candidate threshold in light of that definition in order to determine whether it violates s. 3 of the *Charter*.

(1) Section 3 of the Charter

19 Under s. 3 of the *Charter*, “[e]very citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein”. On its face, the scope of s. 3 is relatively narrow: it grants to each citizen no more than the bare right to vote and to run for office in the election of representatives of the federal and provincial legislative assemblies. But *Charter* analysis requires courts to look beyond the words of the section. In the words of McLachlin C.J.B.C.S.C. (as she then was), “[m]ore is intended [in the right to vote] than the bare right to place a ballot in a box”: *Dixon v. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393, at p. 403.

20 In order to determine the scope of s. 3, the Court must first ascertain its purpose. As Dickson J. (as he then was) wrote in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, “[t]he interpretation [of a section of the *Charter*] should be . . . a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection”. In interpreting the scope of a *Charter* right, courts must adopt a broad and purposive approach that seeks to ensure that duly enacted

V. Analyse

A. Le critère des 50 candidatures porte-t-il atteinte à l'art. 3 de la Charte?

La première question qu'il faut trancher en l'espèce est de savoir si le refus de permettre aux candidats de délivrer des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales, de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés et d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote portent atteinte à l'art. 3 de la *Charte*. Pour répondre à cette question, notre Cour doit accomplir deux tâches. Premièrement, elle doit définir l'objet de l'art. 3 de la *Charte* et, deuxièmement, elle doit apprécier le bien-fondé de ce critère à la lumière de cette définition, et décider si celui-ci porte atteinte à l'art. 3 de la *Charte*.

(1) L'article 3 de la Charte

L'article 3 de la *Charte* dispose que « [t]out citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales ». De prime abord, sa portée est relativement étroite : il n'accorde que le droit de voter et de briguer les suffrages lors de l'élection des députés du Parlement et des assemblées législatives provinciales. Toutefois, dans l'analyse fondée sur la *Charte*, les tribunaux ne doivent pas se limiter au texte de la disposition. Pour reprendre les propos de la juge en chef McLachlin de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (maintenant Juge en chef de notre Cour), [TRADUCTION] « [I]l ne s'entend pas que du simple droit de déposer son bulletin de vote dans l'urne » : *Dixon c. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393, p. 403.

Afin de bien circonscrire la portée de l'art. 3, notre Cour doit tout d'abord dégager l'objet de cette disposition. Comme l'a écrit le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344, « . . . l'interprétation [d'une disposition de la *Charte*] doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* ». Les tribunaux appelés à délimiter la portée d'un droit garanti par la *Charte* doivent recourir à

legislation is in harmony with the purposes of the *Charter*.

This Court first considered the purpose of s. 3 in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158 (“*Saskatchewan Reference*”). In determining that s. 3 does not require absolute equality of voting power, McLachlin J. held that the purpose of s. 3 is “effective representation” (p. 183). This Court has subsequently confirmed, on numerous occasions, that the purpose of s. 3 is effective representation: see *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877.

The Court of Appeal for Ontario concluded that effective representation is “the desired end product of the electoral process” (para. 80). In particular, it found that effective representation exists where the electoral process results in the formation of a majority government that has structured choice and aggregated preferences at the national level. On this view, the purpose of s. 3 is engaged only by those political parties that possess the capacity to aggregate interests on a national level and participate in the governance of the country subsequent to an election. A party that does not participate in an election with a view to forming a government, or at least of winning a substantial number of seats in Parliament, is not a party that possesses the capacity to advance the objective of effective representation. Thus, it is not improper to withhold benefits from political parties whose level of participation is so minimal as to be incapable of serving that goal.

With respect, this is not how I understand McLachlin J.’s statement that the purpose of s. 3 is effective representation. In my view, McLachlin J. was not referring to a collective interest in a desired end product of the electoral process that results in majority government. Rather, my colleague emphasized the right of each citizen to an effective

une interprétation libérale et téléologique, de façon à concilier les dispositions législatives régulièrement édictées avec les objectifs de la *Charte*.

C'est dans l'affaire *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158 (« *Renvoi concernant la Saskatchewan* »), que notre Cour s'est penchée pour la première fois sur l'objet de l'art. 3. Concluant que cet article n'exige pas l'égalité absolue du nombre d'électeurs (pouvoir électoral), la juge McLachlin a estimé que cet objet était la « représentation effective » (p. 183). Notre Cour a par la suite confirmé, à de nombreuses reprises, que tel était l'objet de l'art. 3 : voir *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877.

21

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la représentation effective est [TRADUCTION] « la finalité attendue du processus électoral » (par. 80). En particulier, la cour a jugé qu'il y a représentation effective lorsque le processus électoral aboutit à la formation d'un gouvernement majoritaire ayant présenté des candidats et agrégé les préférences des électeurs à l'échelle nationale. Selon ce point de vue, seuls les partis politiques aptes à agréger les préférences à l'échelle nationale et à gouverner le pays après le scrutin permettent la réalisation de cet objectif. Le parti qui ne participe pas aux élections dans le but de former le gouvernement ou, du moins, de remporter un nombre substantiel de sièges au Parlement n'est pas en mesure de favoriser la représentation effective. Il ne serait donc pas inapproprié de refuser des avantages aux partis politiques dont la participation au processus démocratique n'est pas de nature à favoriser la représentation effective.

22

En toute déférence, telle n'est pas mon interprétation des propos de la juge McLachlin, dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité, selon lesquels l'objet de l'art. 3 est la représentation effective. Selon moi, elle ne faisait pas allusion à un intérêt collectif à ce que le processus électoral aboutisse à l'élection d'un gouvernement

23

representative in the legislative assembly. She wrote, at p. 183:

It is my conclusion that the purpose of the right to vote enshrined in s. 3 of the *Charter* is not equality of voting power *per se*, but the right to “effective representation”. Ours is a representative democracy. Each citizen is entitled to be represented in government. Representation comprehends the idea of having a voice in the deliberations of government as well as the idea of the right to bring one’s grievances and concerns to the attention of one’s government representative. [First emphasis added; second emphasis in original.]

The issue in that case was not whether the departure from absolute voter parity could be justified by virtue of the benefits that it provided to rural voters, but whether the departure from absolute voter parity was inconsistent with the right of urban voters to an effective representative in the legislative assembly. The Court concluded that the departure from absolute voter parity was consistent with s. 3, not because the departure provided for the more effective representation of rural voters, but, rather, because it did not interfere with the right of urban voters to an effective representative in the legislative assembly.

²⁴ Consequently, I do not agree with LeBel J.’s conclusion, at para. 117 of his reasons, that the *Saskatchewan Reference* established that the diminution of one aspect of effective representation (parity) can ultimately result in the provision of more effective representation. Rather, the *Saskatchewan Reference* established that it is a mistake to conflate the right of each citizen to effective representation with a right to absolute voter parity. As McLachlin J. wrote, at p. 181, “practical considerations such as social and physical geography may impact on the value of the citizen’s right to vote” (emphasis added). The *Saskatchewan Reference*, *supra*, instructs us that it may be necessary to consider a broad range of social factors prior to determining that a departure from absolute voter parity does, in fact, interfere with the right of each citizen to effective representation. If the departure from absolute voter parity does not interfere with the right

majoritaire. Ma collègue insistait plutôt sur le droit de chaque citoyen à un représentant efficace au sein des assemblées législatives. Elle a écrit ceci, à la p. 183 :

Je conclus que l’objet du droit de vote garanti à l’art. 3 de la *Charte* n’est pas l’égalité du pouvoir électoral en soi mais le droit à une « représentation effective ». Notre démocratie est une démocratie représentative. Chaque citoyen a le droit d’être représenté au sein du gouvernement. La représentation suppose la possibilité pour les électeurs d’avoir voix aux délibérations du gouvernement aussi bien que leur droit d’attirer l’attention de leur député sur leurs griefs et leurs préoccupations. [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l’original.]

Dans cette affaire, la question n’était pas de savoir si la dérogation à la parité absolue des électeurs pouvait être justifiée par les avantages qu’elle conférait aux électeurs des régions rurales, mais si elle était incompatible avec le droit des électeurs des régions urbaines à un représentant efficace à l’assemblée législative. Notre Cour a conclu que la dérogation était compatible avec l’art. 3, non pas parce qu’elle assurait une représentation plus effective aux électeurs des régions rurales, mais bien parce qu’elle ne portait pas atteinte au droit des électeurs des régions urbaines à un représentant efficace à l’assemblée législative.

En conséquence, je ne suis pas d’accord avec la conclusion du juge LeBel (au par. 117) selon laquelle le *Renvoi concernant la Saskatchewan* a établi que l’affaiblissement d’un aspect de la représentation effective (la parité) peut en définitive se traduire par une représentation plus effective. Notre Cour a plutôt dit qu’il est erroné de confondre le droit de tout citoyen à la représentation effective et le droit à la parité absolue des électeurs. Comme l’a écrit la juge McLachlin, à la p. 181 de l’arrêt susmentionné, « des considérations telles que la géographie sociale et physique peuvent avoir une incidence sur la valeur du droit de vote des citoyens » (je souligne). Le *Renvoi concernant la Saskatchewan* nous enseigne qu’il peut être nécessaire de prendre en considération un large éventail de facteurs sociaux pour décider si une dérogation à la parité absolue des électeurs porte de fait atteinte au droit de tout citoyen à la représentation effective. Une dérogation

of each citizen to effective representation, it does not infringe s. 3.

But the right to effective representation contemplates more than the right to an effective representative in Parliament or a legislative assembly. In *Haig, supra*, L'Heureux-Dubé J., for the majority of the Court, summarized McLachlin J.'s discussion of the purpose of s. 3 as follows (at p. 1031):

Clearly, in a democratic society, the right to vote as expressed in s. 3 must be given a content commensurate with those values embodied in a democratic state. For the majority of the Court, McLachlin J. concluded at p. 183 that it is the Canadian system of effective representation that is at the centre of the guarantee:

... the purpose of the right to vote enshrined in s. 3 of the *Charter* is not equality of voting power *per se*, but the right to "effective representation". Ours is a representative democracy. Each citizen is entitled to be represented in government. Representation comprehends the idea of having a voice in the deliberations of government as well as the idea of the right to bring one's grievances and concerns to the attention of one's government representative.

The purpose of s. 3 of the *Charter* is, then, to grant every citizen of this country the right to play a meaningful role in the selection of elected representatives who, in turn, will be responsible for making decisions embodied in legislation for which they will be accountable to their electorate. [First emphasis in original; second emphasis added.]

As this passage indicates, this Court has already determined that the purpose of s. 3 includes not only the right of each citizen to have and to vote for an elected representative in Parliament or a legislative assembly, but also to the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. This, in my view, is a more complete statement of the purpose of s. 3 of the *Charter*.

Support for the proposition that s. 3 should be understood with reference to the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process, rather than the election of a particular form of government, is found in the fact that the rights of s. 3 are participatory in nature. Section 3 does not advert

à la parité absolue des électeurs qui ne porte pas atteinte au droit de tout citoyen à la représentation effective ne viole pas l'art. 3.

25

Cependant, le droit à la représentation effective vise davantage que le droit à un représentant efficace au Parlement ou à l'assemblée législative. Dans l'arrêt *Haig*, précité, p. 1031, exprimant alors l'opinion majoritaire de la Cour, la juge L'Heureux-Dubé a résumé ainsi les propos de la juge McLachlin concernant l'objet de l'art. 3 :

Évidemment, dans une société démocratique, l'étenue du droit de vote énoncé à l'art. 3 doit correspondre aux valeurs propres à un État démocratique. Le juge McLachlin, au nom de la majorité, a conclu, à la p. 183, que c'est le système canadien de représentation effective qui constitue l'essence de la garantie :

... l'objet du droit de vote garanti à l'art. 3 de la *Charte* n'est pas l'égalité du pouvoir électoral en soi mais le droit à une « représentation effective ». Notre démocratie est une démocratie représentative. Chaque citoyen a le droit d'être représenté au sein du gouvernement. La représentation suppose la possibilité pour les électeurs d'avoir voix aux délibérations du gouvernement aussi bien que leur droit d'attirer l'attention de leur député sur leurs griefs et leurs préoccupations. . .

L'article 3 de la *Charte* a donc pour objet d'accorder à tous les citoyens canadiens le droit de jouer un rôle important dans l'élection de députés qui, eux, sont chargés de prendre des décisions qui seront consacrées dans des lois dont ils auront à rendre compte auprès de leurs électeurs. [Premier soulignement dans l'original; deuxième soulignement ajouté.]

Comme l'indique cet extrait, notre Cour a déjà jugé que l'art. 3 a pour objet de conférer à tout citoyen non seulement le droit d'être représenté par un député fédéral ou provincial et d'élire ce député, mais aussi celui de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Voilà, à mon sens, un énoncé plus complet de l'objet véritable de l'art. 3 de la *Charte*.

26

Le fait que les droits garantis par l'art. 3 sont des droits de participation étaye la thèse que l'art. 3 doit être interprété en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, et non en fonction de l'élection d'une forme de gouvernement en particulier. L'article ne fait pas état

to the composition of Parliament subsequent to an election, but only to the right of each citizen to a certain level of participation in the electoral process. On its very face, then, the central focus of s. 3 is the right of each citizen to participate in the electoral process. This signifies that the right of each citizen to participate in the political life of the country is one that is of fundamental importance in a free and democratic society and suggests that s. 3 should be interpreted in a manner that ensures that this right of participation embraces a content commensurate with the importance of individual participation in the selection of elected representatives in a free and democratic state. Defining the purpose of s. 3 with reference to the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process, rather than the composition of Parliament subsequent to an election, better ensures that the right of participation that s. 3 explicitly protects is not construed too narrowly.

²⁷ An understanding of s. 3 that emphasizes the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process also is sensitive to the full range of reasons that individual participation in the electoral process is of such importance in a free and democratic society. As Dickson C.J. wrote in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

In this passage, Dickson C.J. was addressing s. 1. Yet since reference to “a free and democratic society” is essential to an enriched understanding of s. 3, this passage indicates that the best interpretation of s. 3 is one that advances the values and principles that embody a free and democratic state, including respect for a diversity of beliefs and opinions. Defining the purpose of s. 3 with reference to the

de la composition du Parlement ou de l'assemblée législative au terme de l'élection, mais uniquement du droit de tout citoyen à un certain degré de participation au processus électoral. Il ressort donc du texte même de l'art. 3 que l'élément central de cette disposition est le droit de tout citoyen de participer au processus électoral. Il en découle que le droit de tout citoyen de participer à la vie politique du pays revêt une importance fondamentale dans une société libre et démocratique et que l'art. 3 doit être interprété d'une manière propre à faire en sorte que la teneur de ce droit de participation corresponde à l'importance de la participation individuelle à l'élection des députés dans un État libre et démocratique. Définir l'objectif de cette disposition en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, et non en fonction de la composition du Parlement ou de l'assemblée législative au terme de l'élection, protège davantage contre les interprétations trop restrictives le droit de participation que garantit expressément l'art. 3.

Le fait d'interpréter l'art. 3 d'une manière s'attachant au droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral tient également compte des raisons de tous ordres pour lesquelles la participation individuelle au processus électoral revêt une importance aussi grande dans une société libre et démocratique. Comme l'a dit le juge en chef Dickson dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136 :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

Dans cet extrait, le juge en chef Dickson traitait de l'article premier. Toutefois, comme la prise en compte de l'expression « une société libre et démocratique » est essentielle pour mieux comprendre l'art. 3, ce passage indique que l'interprétation qu'il convient de donner de cette disposition est celle qui favorise le respect des valeurs et principes propres à un État libre et démocratique, notamment le respect

right of each citizen to meaningful participation in the electoral process, best reflects the capacity of individual participation in the electoral process to enhance the quality of democracy in this country.

As this Court frequently has acknowledged, the free flow of diverse opinions and ideas is of fundamental importance in a free and democratic society. In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 763-64, Dickson C.J. described the connection between the free flow of diverse opinions and ideas and the values essential to a free and democratic society in the following terms:

The connection between freedom of expression and the political process is perhaps the linchpin of the s. 2(b) guarantee, and the nature of this connection is largely derived from the Canadian commitment to democracy. Freedom of expression is a crucial aspect of the democratic commitment, not merely because it permits the best policies to be chosen from among a wide array of proffered options, but additionally because it helps to ensure that participation in the political process is open to all persons. Such open participation must involve to a substantial degree the notion that all persons are equally deserving of respect and dignity. The state therefore cannot act to hinder or condemn a political view without to some extent harming the openness of Canadian democracy and its associated tenet of equality for all.

Put simply, full political debate ensures that ours is an open society with the benefit of a broad range of ideas and opinions: see *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 326; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 583; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336; and *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 23. This, in turn, ensures not only that policy makers are aware of a broad range of options, but also that the determination of social policy is sensitive to the needs and interests of a broad range of citizens.

It thus follows that participation in the electoral process has an intrinsic value independent of its impact upon the actual outcome of elections. To be certain, the electoral process is the means by which

de la diversité des croyances et des opinions. Le fait de définir l'objet de l'art. 3 en se référant au droit de tout citoyen de participer utilement au processus électoral tient davantage compte de la capacité de chacun de renforcer la qualité de la démocratie dans notre pays en participant au processus électoral.

28

Comme l'a souvent reconnu notre Cour, la libre circulation d'opinions et d'idées variées revêt une importance fondamentale dans une société libre et démocratique. Dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 763-764, le juge en chef Dickson a décrit en ces termes le lien entre la libre circulation d'opinions et d'idées variées et les valeurs essentielles d'une société libre et démocratique :

Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2b), et ce lien tient dans une large mesure à l'engagement du Canada envers la démocratie. La liberté d'expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique, non pas simplement parce qu'elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu'elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous. Cette possibilité d'y participer doit reposer dans une mesure importante sur la notion que tous méritent le même respect et la même dignité. L'État ne saurait en conséquence entraver l'expression d'une opinion politique ni la condamner sans nuire jusqu'à un certain point au caractère ouvert de la démocratie canadienne et au principe connexe de l'égalité de tous.

Plus simplement, un large débat politique permet à notre société de demeurer ouverte et de bénéficier d'une vaste gamme d'idées et d'opinions : voir *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, p. 326; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 583; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1336; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 23. À son tour, cette situation en sorte fait non seulement que les décideurs disposent d'une vaste gamme de solutions, mais également que la politique sociale tient compte des besoins et des intérêts d'un large éventail de citoyens.

29

Il s'ensuit donc que la participation au processus électoral possède une valeur intrinsèque indépendamment de son effet sur le résultat concret des élections. Certes, il est vrai que le processus électoral est

elected representatives are selected and governments formed, but it is also the primary means by which the average citizen participates in the open debate that animates the determination of social policy. The right to run for office provides each citizen with the opportunity to present certain ideas and opinions to the electorate as a viable policy option; the right to vote provides each citizen with the opportunity to express support for the ideas and opinions that a particular candidate endorses. In each instance, the democratic rights entrenched in s. 3 ensure that each citizen has an opportunity to express an opinion about the formation of social policy and the functioning of public institutions through participation in the electoral process.

30 In the final analysis, I believe that the Court was correct in *Haig, supra*, to define s. 3 with reference to the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. Democracy, of course, is a form of government in which sovereign power resides in the people as a whole. In our system of democracy, this means that each citizen must have a genuine opportunity to take part in the governance of the country through participation in the selection of elected representatives. The fundamental purpose of s. 3, in my view, is to promote and protect the right of each citizen to play a meaningful role in the political life of the country. Absent such a right, ours would not be a true democracy.

31 For this reason, I cannot agree with LeBel J. that it is proper, at this stage of the analysis, to balance the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process against other democratic values, such as the aggregation of political preferences. Legislation that purports to encourage the aggregation of political preferences might advance certain collective interests, but it does not benefit all citizens, namely, those whose interests are not aggregated by the mainstream political parties. As a result, the proportionality analysis endorsed by LeBel J. clearly admits of the possibility that collective or group interests will be balanced against the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process at the infringement stage of the

le moyen utilisé pour élire les députés et former les gouvernements, mais il constitue également le principal moyen permettant au citoyen ordinaire de participer au débat public qui précède l'établissement de la politique sociale. Le droit de briguer les suffrages des électeurs offre à tout citoyen la possibilité de présenter certaines idées et opinions et d'offrir à l'électeurat une option politique viable. Le droit de vote permet à tout citoyen de manifester son appui à l'égard des idées et opinions auxquelles souscrit un candidat donné. Dans chacun des cas, les droits démocratiques consacrés à l'art. 3 font en sorte que tout citoyen a la possibilité d'exprimer une opinion sur l'élaboration de la politique sociale et le fonctionnement des institutions publiques en participant au processus électoral.

En dernière analyse, je crois que dans larrêt *Haig*, précité, notre Cour a eu raison de définir l'art. 3 en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Évidemment, la démocratie est une forme de gouvernement où le pouvoir souverain appartient à la population dans son ensemble. Dans notre système démocratique, cela veut dire que tout citoyen doit avoir la possibilité réelle de prendre part au gouvernement du pays en participant à l'élection de représentants. Fondamentalement, l'art. 3 a selon moi pour objet d'encourager et de protéger le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans la vie politique du pays. Sans un tel droit, notre système ne serait pas véritablement démocratique.

Pour cette raison, je ne peux souscrire à l'opinion du juge LeBel selon laquelle il est opportun, à cette étape de l'analyse, de mettre en balance le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral avec d'autres valeurs démocratiques, comme l'agrégation des préférences politiques. Une loi censée favoriser l'agrégation des préférences politiques peut faire progresser certains intérêts collectifs, mais elle ne bénéficie pas à tous les citoyens, particulièrement ceux dont les intérêts ne sont pas partagés par les partis politiques traditionnels. L'analyse de la proportionnalité préconisée par le juge LeBel permet donc clairement que, au moment de déterminer s'il y a atteinte, on mette en balance des intérêts collectifs et le droit de tout

analysis. If the government is to interfere with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process in order to advance other values, it must justify that infringement under s. 1.

This approach is consistent with the well-established principle that limitations on the individual rights that the *Charter* protects must be justified under s. 1. As this Court repeatedly has affirmed, this is no less true of s. 3 than it is of other sections of the *Charter*: see for example *Harvey, supra*, at p. 897, and *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68, at para. 11, in which McLachlin C.J. wrote that the ambit of s. 3 "should not be limited by countervailing collective concerns". LeBel J. distinguishes this case from *Harvey* and *Sauvé* on the basis that those cases involved a literal prohibition on the right to vote or to run for office, whereas this case involves the conditions under which citizens exercise those rights. In his view, legislation that affects the conditions under which citizens vote or run for an election without directly clashing with its plain language calls for a different kind of analysis, namely, one that involves a balancing of competing values.

With respect, I do not agree with LeBel J. that the proper analytical approach varies with the nature of the alleged breach. The only difference, in my view, is one of proof. As discussed throughout, the purpose of s. 3 is to protect the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. Where the impugned legislation is inconsistent with the express language of s. 3, it is unnecessary to consider the broader social or political context in order to determine whether the legislation interferes with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. It is plain and obvious that the legislation has this effect. But where the legislation affects the conditions in which citizens exercise those rights it may not be so obvious whether the legislation has this effect. Consequently, it may be necessary to consider a broad range of factors, such

citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Pour que l'État puisse porter atteinte à ce droit en vue de renforcer d'autres valeurs, il doit justifier cette atteinte conformément à l'article premier.

32

Cette interprétation est compatible avec le principe bien établi voulant que la restriction d'un droit individuel garanti par la *Charte* doive être justifiée conformément à l'article premier. Comme l'a maintes fois affirmé notre Cour, cette règle vaut autant pour l'art. 3 que pour les autres dispositions de la *Charte* : voir, par exemple, *Harvey*, précité, p. 897, et *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68, où la juge en chef McLachlin a écrit, au par. 11, que la portée de l'art. 3 « ne devrait pas être limitée par des intérêts collectifs opposés ». Le juge LeBel fait une distinction entre la présente affaire et les arrêts *Harvey* et *Sauvé*, au motif que, dans ces deux derniers cas, le droit de voter ou de briguer les suffrages des électeurs était littéralement écarté, alors que la présente affaire porte sur les conditions d'exercice de ces droits par les citoyens. À son avis, une loi qui porte sur les conditions régissant la participation des citoyens à un scrutin en tant qu'électeurs ou candidats mais n'entre pas directement en conflit avec le sens ordinaire de l'art. 3 commande un autre type d'analyse, une analyse exigeant la mise en balance de valeurs opposées.

33

En toute déférence, je ne crois pas que l'analyse applicable varie en fonction de la nature de l'atteinte reprochée. Selon moi, la seule différence réside dans la preuve. Au risque de me répéter, l'art. 3 a pour objet de protéger le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Lorsque la disposition contestée est incompatible avec le libellé exprès de l'art. 3, il n'est pas nécessaire de tenir compte du contexte social ou politique en général pour décider si la disposition viole ce droit. Il est clair et net qu'elle a cet effet. Toutefois, lorsque la disposition contestée touche aux conditions dans lesquelles le citoyen exerce ce droit, il n'est pas aussi clair qu'elle produit cet effet. Par conséquent, il peut être nécessaire de considérer un large éventail de facteurs, dont la géographique sociale ou physique, pour décider si la disposition litigieuse porte

as social or physical geography, in order to determine whether the legislation infringes the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. In neither instance, however, is the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process subject to countervailing collective interests. These interests fall to be considered under s. 1.

34 As this suggests, I do not believe that the right to play a meaningful role in the electoral process is a “qualified” right, in the same sense as 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 (s. 7) or the right to be secure against unreasonable search and seizure (s. 8). It should be noted that the language of s. 7 and s. 8 contains balancing language within the provisions themselves. Accordingly, it is not only appropriate but obligatory to recognize this in interpreting their meaning: see for example *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; and *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, which are referenced by my colleague.

35 According to LeBel J., the fact that we identify the implicit content of s. 3 with reference to qualified phrases such as the right a voter to be “reasonably informed of all the possible choices”, or the right of parties and candidates to have “a reasonable opportunity to present their positions” (*Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 47 (emphasis added)) indicates that the balancing of individual and collective interests that is appropriate in the context of the expressly “qualified” rights also applies under s. 3, except when literal disqualifications are at issue.

36 In my view, the use of such language does not indicate that the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process is to be balanced against countervailing values, such as the collective interest in the aggregation of political preferences. Rather, the use of such phrases reflects that the purpose of s. 3 is not to protect the right of each citizen to play an unlimited role in the electoral

atteinte au droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Toutefois, dans ni l'un ni l'autre de ces cas, ce droit ne saurait être limité par des intérêts collectifs opposés. Ces intérêts seront examinés dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier.

Comme ce qui précède tend à l'indiquer, je ne crois pas que le droit de jouer un rôle significatif dans le processus électoral soit un droit « relatif » au même titre que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale (art. 7) ou le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives (art. 8). Il convient de signaler que le texte des art. 7 et 8 commande lui-même une certaine mise en balance. Par conséquent, il est non seulement opportun, mais obligatoire, de reconnaître ce fait pour dégager le sens de ces dispositions : voir, par exemple, les arrêts *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, auxquels renvoie mon collègue.

Selon le juge LeBel, le fait que l'on détermine la teneur implicite de l'art. 3 en fonction d'énoncés restrictifs (le droit des électeurs d'être « raisonnablement informés de tous les choix possibles » ou le droit des partis, des candidats et des candidates à « une possibilité raisonnable [...] d'exposer leur position » (*Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 47 (je souligne))), indique que la mise en balance des intérêts individuels et collectifs, qui est opportune dans le contexte des droits expressément « relatifs », vaut également pour l'art. 3, sauf lorsqu'une inhabilité totale est en cause.

À mon sens, l'emploi de tels termes ne permet pas de conclure que le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral doit être mis en balance avec des valeurs opposées, tel l'intérêt qu'a la collectivité à ce que soient agrégées les préférences politiques. Ces termes suggèrent plutôt que l'objet de l'art. 3 est de protéger le droit de tout citoyen de jouer non pas un rôle illimité mais

process, but to protect the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process; the mere fact that the legislation departs from absolute voter equality or restricts the capacity of a citizen to participate in the electoral process is an insufficient basis on which to conclude that it interferes with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. But if the legislation does, in fact, interfere with the capacity of each citizen to play a meaningful role in the electoral process, it is inconsistent with s. 3. Any corresponding benefits related to democratic values other than the right of each citizen to play a meaningful role must be considered under s. 1.

Finally, although certain aspects of our current electoral system encourage the aggregation of political preferences, I do not believe that this aspect of the current electoral system is to be elevated to constitutional status. In his reasons, LeBel J. argues that first-past-the-post elections favour mainstream parties that have aggregated political preferences on a national basis. This might, indeed, be true. But the fact that our current electoral system reflects certain political values does not mean that those values are embedded in the *Charter*, or that it is appropriate to balance those values against the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. After all, the *Charter* is entirely neutral as to the type of electoral system in which the right to vote or to run for office is to be exercised. This suggests that the purpose of s. 3 is not to protect the values or objectives that might be embedded in our current electoral system, but, rather, to protect the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process, whatever that process might be.

(2) Does the 50-Candidate Threshold Violate Section 3?

Consequently, the essential question to be determined is whether the 50-candidate threshold interferes with the capacity of individual citizens to play a meaningful role in the electoral process. In order to answer this question, the Court must answer two prior questions. First, do the members and supporters of political parties that nominate fewer than 50

un rôle significatif dans le processus électoral; le seul fait qu'une disposition législative rompe avec la parité absolue des électeurs ou limite la participation du citoyen au processus électoral ne permet pas à lui seul de conclure que cette disposition porte atteinte au droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Toutefois, une disposition qui entrave concrètement la capacité de tout citoyen de jouer un tel rôle est incompatible avec l'art. 3. Tout avantage correspondant lié à d'autres valeurs démocratiques que le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral doit être pris en compte dans l'analyse fondée sur l'article premier.

Enfin, même si certains aspects du système électoral actuel favorisent l'agrégation des préférences politiques, je ne crois pas qu'il y ait lieu de constitutionnaliser ce facteur. Dans ses motifs, le juge LeBel fait valoir que le système uninominal majoritaire à un tour favorise les principaux partis ayant agrégé les préférences politiques à l'échelle nationale. Tel est peut-être le cas en effet. Le système électoral actuel reflète certaines valeurs politiques, mais cela ne veut pas dire que ces valeurs sont consacrées par la *Charte* ou qu'il est opportun de les mettre en balance avec le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Après tout, la *Charte* ne précise aucunement le type de système électoral dans le cadre duquel doit être exercé le droit de voter ou de briguer les suffrages des électeurs. Ce fait tend à indiquer que l'art. 3 n'a pas pour objet de protéger les valeurs ou objectifs que pourrait comporter notre système électoral actuel, mais bien de protéger le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, quel que soit ce processus.

(2) Le critère des 50 candidatures viole-t-il l'art. 3?

En conséquence, il s'agit essentiellement de décider si le critère des 50 candidatures empêche les citoyens de jouer individuellement un rôle significatif dans le processus électoral. Pour répondre à cette question, notre Cour doit au préalable en trancher deux autres. Premièrement, les membres et les partisans des partis politiques qui présentent moins

candidates play a meaningful role in the electoral process? And if so, does the restriction on the right to issue tax receipts for donations received outside the election period, to transfer unspent election funds to the party and to list their party affiliation on the ballot papers interfere with the capacity of the members and supporters of political parties that nominate fewer than 50 candidates to play a meaningful role in the electoral process?

- 39 (a) *The Role of Political Parties that Nominate Candidates in Fewer Than 50 Electoral Districts*
- According to the Court of Appeal, the essential function of a political party only becomes operative where it assumes a level of participation in the electoral process sufficient to indicate that it aspires to participate in the governance of the country subsequent to the election. It is my conclusion that the ability of a political party to make a valuable contribution to the electoral process is not dependent upon its capacity to offer the electorate a genuine “government option”. Rather, political parties enhance the meaningfulness of individual participation in the electoral process for reasons that transcend their capacity (or lack thereof) to participate in the governance of the country subsequent to an election. Irrespective of their capacity to influence the outcome of an election, political parties act as both a vehicle and outlet for the meaningful participation of individual citizens in the electoral process.

- 40 With respect to the ability of a political party to act as an effective vehicle for the meaningful participation of individual citizens in the electoral process, it is important to note that political parties have a much greater capacity than any one citizen to participate in the open debate that the electoral process engenders. By doing so in a representative capacity, on behalf of their members and supporters, political parties act as a vehicle for the participation of individual citizens in the political life of the country. Political parties ensure that the ideas and opinions of their members and supporters are effectively represented in the open debate occasioned by

de 50 candidats jouent-ils un rôle significatif dans le processus électoral? Dans l'affirmative, le fait d'interdire à ces partis politiques de délivrer des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales et de refuser aux candidats de ces partis le droit de leur remettre les fonds électoraux non dépensés et celui d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote nuit-il à la capacité des membres et des partisans des partis en question de jouer un rôle significatif dans le processus électoral?

- a) *Le rôle des partis politiques présentant des candidats dans moins de 50 circonscriptions électorales*

Selon la Cour d'appel, un parti politique ne joue son rôle fondamental que lorsque son degré de participation au processus électoral permet de conclure qu'il aspire à gouverner le pays après les élections. J'arrive quant à moi à la conclusion que l'aptitude d'un parti politique à contribuer valablement au processus électoral ne dépend pas de sa capacité de constituer pour l'électeurat une véritable « solution de rechange ». Au contraire, les partis politiques permettent aux citoyens de participer utilement au processus électoral pour des raisons qui transcendent leur capacité (ou incapacité) de gouverner le pays après le scrutin. Indépendamment de leur capacité d'influencer ou non l'issue du scrutin, les partis politiques constituent à la fois un véhicule et une tribune permettant aux citoyens de participer utilement au processus électoral.

Relativement à la capacité des partis politiques de constituer un véhicule favorisant la participation utile des citoyens au processus électoral, il importe de signaler que les partis politiques sont beaucoup plus à même que tout citoyen de participer au débat public auquel donne lieu le processus électoral. En agissant comme représentant, au nom de leurs membres et de leurs partisans, les partis politiques servent de véhicules permettant à chaque citoyen de participer à la vie politique du pays. Grâce aux partis politiques, les idées et les opinions de leurs membres et de leurs partisans sont effectivement débattues publiquement dans le cadre du processus

the electoral process and presented to the electorate as a viable option. If those ideas and opinions are not subsequently adopted by the government of the day, it is not because they have not been considered, but, rather, because they have received insufficient public support.

Importantly, it is not only large political parties that are able to fulfil this function. It likely is true that a large party will be able to play a larger role in the open discourse of the electoral process, but it does not thereby follow that the capacity of a political party to represent the ideas and opinions of its members and supporters in the electoral process is dependent upon its capacity to offer the electorate a “government option”. Large or small, all political parties are capable of introducing unique interests and concerns into the political discourse. Consequently, all political parties, whether large or small, are capable of acting as a vehicle for the participation of individual citizens in the public discourse that animates the determination of social policy.

For example, marginal or regional parties tend to dissent from mainstream thinking and to bring to the attention of the general public issues and concerns that have not been adopted by national parties. They might exert less influence than the national parties, but still can be a most effective vehicle for the participation of individual citizens whose preferences have not been incorporated into the political platforms of national parties. It is better that an individual citizen have his or her ideas and concerns introduced into the open debate of the electoral process by a political party with a limited geographical base of support than not to have his or her ideas and concerns introduced into that debate by any political party at all.

In respect of their ability to act as an effective outlet for the meaningful participation of individual citizens in the electoral process, the participation of political parties in the electoral process also provides individuals with the opportunity to express an opinion on governmental policy and the proper functioning of public institutions. A vote for a candidate nominated by a particular party is an

électoral et présentées à l'électorat comme une solution de rechange valable. Si ces idées et ces opinions ne sont pas retenues par le gouvernement élu, ce ne sera pas faute d'avoir été considérées, mais faute d'avoir reçu un appui suffisant de la part du public.

⁴¹ Il importe de souligner que les grands partis politiques ne sont pas les seuls à pouvoir jouer ce rôle. Il est sans doute vrai que ces partis sont à même de participer plus activement au débat public au cours de l'élection, mais il ne s'ensuit pas que la capacité d'un parti à présenter les idées et les opinions de ses membres et de ses partisans pendant le processus électoral dépend de sa capacité de constituer pour l'électorat une « solution de rechange ». Tous les partis politiques, petits ou grands, sont en mesure de faire valoir, dans ce débat politique, des intérêts et des préoccupations uniques, et, en conséquence, ils sont capables d'agir comme véhicule permettant aux citoyens de participer au débat public qui inspire l'établissement de la politique sociale.

⁴² À titre d'exemple, les partis marginaux ou régionaux se dissocient généralement des courants de pensée dominants et présentent à l'ensemble de la population des questions et des préoccupations que n'ont pas retenues les partis nationaux. Peut-être ont-ils une influence moins grande que ces derniers, mais ils peuvent néanmoins offrir aux citoyens dont les préférences ne figurent pas dans les programmes politiques des partis nationaux un moyen efficace de participer au processus électoral. Il est préférable pour un citoyen que ses idées et ses préoccupations soient introduites dans le débat électoral par un parti politique doté d'une présence géographique restreinte plutôt que totalement exclues de ce débat.

⁴³ Relativement à leur capacité de constituer une tribune propre à permettre aux citoyens de participer utilement au processus électoral, par leur participation à ce processus les partis politiques permettent également aux citoyens de s'exprimer sur les politiques gouvernementales et le bon fonctionnement des institutions publiques. Un vote en faveur d'un candidat présenté par un parti donné

expression of support for the platform or policy perspectives that the party endorses. The participation of political parties thereby enhances the capacity of individual citizens to express an opinion as to the type of country that they would like Canada to be through the exercise of the right to vote.

44 Once again, the capacity of a political party to provide individual citizens with an opportunity to express an opinion on governmental policy and the proper functioning of public institutions is not dependent upon its capacity to participate in the governance of the country subsequent to an election. As the preceding paragraph suggests, participation as a voter is not only about the selection of elected representatives. Irrespective of its effect on the outcome of an election, a vote for a particular candidate is an expression of support for a particular approach or platform. Whether that vote contributes to the election of a candidate or not, each vote in support of that approach or platform increases the likelihood that the issues and concerns underlying that platform will be taken into account by those who ultimately implement policy, if not now then perhaps at some point in the future.

45 As a consequence, there is no reason to think that political parties that have not satisfied the 50-candidate threshold do not act as an effective outlet for the meaningful participation of individual citizens in the electoral process. There is no correlation between the capacity of a political party to offer the electorate a government option and the capacity of a political party to formulate a unique policy platform for presentation to the general public. In each election, a significant number of citizens vote for candidates nominated by registered parties in full awareness that the candidate has no realistic chance of winning a seat in Parliament — or that the party of which she or he is a member has no realistic chance of winning a majority of seats in the House of Commons. Just as these votes are not “wasted votes”, votes for a political party that has not satisfied the 50-candidate threshold are not wasted votes either. As a public expression of individual support for certain perspectives and opinions, such votes are an

est un témoignage d'appui en faveur du programme ou des orientations que défend ce parti. La participation des partis politiques contribue ainsi à permettre aux citoyens de s'exprimer, par l'exercice du droit de vote, sur le genre de pays qu'ils désirent.

La capacité d'un parti politique de donner aux citoyens la possibilité de faire valoir leur point de vue sur les politiques gouvernementales et le bon fonctionnement des institutions publiques ne dépend pas, rappelons-le, de ses chances de former le gouvernement du pays après les élections. Comme l'indique le paragraphe précédent, la participation des électeurs ne se résume pas à élire les députés. Indépendamment de son effet sur l'issue du scrutin, la voix accordée à un candidat est un témoignage d'appui envers une orientation politique ou un programme donné. Que cette voix contribue ou non à l'élection du candidat, chaque vote en faveur de l'orientation politique ou du programme en question accroît la probabilité que les décideurs tiennent compte, sinon dans l'immédiat, peut-être à un moment ultérieur, des problèmes et préoccupations qui sont à l'origine de la mesure.

Il n'y a en conséquence aucune raison de croire que les partis politiques ne satisfaisant pas au critère des 50 candidatures n'offrent pas aux citoyens une tribune leur permettant de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Il n'y a pas de corrélation entre la capacité d'un parti politique de constituer pour l'électeurat une solution de rechange au gouvernement sortant et sa capacité d'élaborer un programme politique distinct et de le soumettre à la population en général. À chaque scrutin, un nombre appréciable de citoyens votent pour des candidats présentés par des partis enregistrés, sachant pourtant fort bien que ces candidats n'ont dans les faits aucune chance d'être élus au Parlement — ou que le parti auquel ils appartiennent n'a pas réellement de chance de remporter la majorité des sièges à la Chambre des communes. Tout comme ces votes ne sont pas des « votes gaspillés », les votes en faveur d'un parti politique n'ayant pas satisfait au critère des 50 candidatures ne sont pas non plus « gaspillés ». Parce qu'ils sont l'expression publique de

integral component of a vital and dynamic democracy.

It is thus my conclusion that the members and supporters of political parties that nominate candidates in fewer than 50 electoral districts do play a meaningful role in the electoral process. They are both a vehicle for the participation of individual citizens in the open debate occasioned by the electoral process and an outlet for the expression of support for political platforms that are different from those adopted by political parties with a broad base of support. The question that thus arises is whether the 50-candidate threshold interferes with the right of such citizens to play a meaningful role in the electoral process.

(b) *The Impact of the 50-Candidate Threshold*

As outlined earlier, the effect of the 50-candidate threshold is to extend the benefits of registration only to those parties that have nominated candidates in 50 electoral districts. At issue in this appeal are the rights of candidates to issue tax receipts for donations received outside the election period, to transfer unspent election funds to the party and to include their party affiliation on the ballot papers. The question to be determined is whether withholding these benefits from candidates of parties who have not met the 50-candidate threshold undermines the right of each citizen to meaningful participation in the electoral process. In each instance, it is my opinion that the threshold does, in fact, have this effect.

(i) The Right to Issue Tax Receipts and to Retain Unspent Election Funds

I begin by noting that it is not my position that s. 3 imposes upon Parliament a freestanding obligation to extend to political parties the right to issue tax credits for donations received outside the election period or to extend to candidates the right to transfer unspent election funds to the party. Section 3 prevents Parliament from interfering with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process; it does not impose upon Parliament

l'appui accordé par un citoyen à certaines orientations et opinions, ils constituent un élément essentiel d'une démocratie vigoureuse et dynamique.

⁴⁶

J'arrive donc à la conclusion que les membres et les partisans des partis politiques qui présentent des candidats dans moins de 50 circonscriptions électorales jouent effectivement un rôle significatif dans le processus électoral. Ces partis servent à la fois de véhicule permettant à des citoyens de participer au débat électoral et de tribune où peut s'exprimer l'appui en faveur de programmes politiques différents de ceux adoptés par les partis bénéficiant de larges appuis. La question qui se pose dès lors est de savoir si le critère des 50 candidatures porte atteinte au droit de ces citoyens de jouer un rôle significatif dans le processus électoral.

b) *L'effet du critère des 50 candidatures*

Comme il a été expliqué précédemment, l'application de cette condition a pour effet que seuls les partis ayant présenté un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales bénéficient des avantages de l'enregistrement. Sont en litige dans le présent pourvoi le droit des candidats de délivrer des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales, de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés et d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote. Notre Cour doit décider si le refus de ces avantages aux candidats des partis qui ne satisfont pas au critère des 50 candidatures compromet le droit de tout citoyen de participer utilement au processus électoral. J'estime que cette condition a précisément cet effet dans chaque cas.

⁴⁷

(i) Le droit de délivrer des reçus fiscaux et de conserver les fonds électoraux non dépensés

⁴⁸

D'entrée de jeu, je tiens à souligner que je ne crois pas que l'art. 3 impose au législateur l'obligation distincte d'accorder aux partis politiques le droit de délivrer des reçus fiscaux pour les dons reçus en dehors des périodes électorales et aux candidats celui de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés. Cet article interdit au législateur de porter atteinte au droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus

an obligation to enact legislation that enhances the capacity of political parties to raise funds for the purpose of communicating the ideas and opinions of its members and supporters to the general public. However, legislation that bestows a benefit upon some political parties, but not others, requires scrutiny. In this instance, it is only because Parliament has extended these benefits to political parties that satisfy the 50-candidate threshold that its consequent failure to extend these benefits to political parties that do not satisfy the threshold constitutes an infringement of s. 3.

49 The premise underlying this conclusion is a fairly simple one. Owing to the competitive nature of the electoral process, the capacity of one citizen to participate in the electoral process is closely connected to the capacity of other citizens to participate in the electoral process. The reason for this is that there is only so much space for political discourse; if one person “yells” or occupies a disproportionate amount of space in the marketplace for ideas, it becomes increasingly difficult for other persons to participate in that discourse. It is possible, in other words, that the voices of certain citizens will be drowned out by the voices of those with a greater capacity to communicate their ideas and opinions to the general public.

50 It is thus my conclusion that s. 3 imposes on Parliament an obligation not to enhance the capacity of one citizen to participate in the electoral process in a manner that compromises another citizen’s parallel right to meaningful participation in the electoral process. Where legislation extends a benefit to some citizens, but not to others, it is necessary to consider carefully the impact of that legislation on the citizens who have not received the benefit. If the legislation interferes with the right of certain citizens to play a meaningful role in the social discourse and dialogue that the electoral process engenders, it is inconsistent with s. 3 of the *Charter*.

51 Put differently, one might say that s. 3 imposes on Parliament an obligation not to interfere with the right of each citizen to participate in a fair election.

électoral; il ne l’oblige pas à édicter des dispositions ayant pour effet d’accroître la capacité des partis politiques de lever des fonds leur permettant de faire connaître au grand public les idées et les opinions de leurs membres et de leurs partisans. Cependant, il convient d’examiner le bien-fondé d’un texte de loi qui accorde un avantage à certains partis politiques et non aux autres. En l’espèce, c’est uniquement parce que le législateur fédéral a accordé les avantages susmentionnés aux partis politiques qui satisfont au critère des 50 candidatures que son refus de reconnaître les mêmes avantages aux partis politiques qui ne respectent pas cette condition constitue une atteinte à l’art. 3.

Le fondement de cette conclusion est assez simple. Étant donné le caractère compétitif du processus électoral, la capacité d’un citoyen d’y participer est intimement liée à celle des autres citoyens de le faire eux aussi. Cette situation s’explique par le fait que les tribunes disponibles pour le discours politique sont limitées. Si une personne « hurle » ses opinions ou occupe un espace disproportionné sur les tribunes populaires, il devient alors extrêmement difficile pour les autres intéressés de prendre part au débat. Autrement dit, il est possible que la voix de certaines personnes soit étouffée par celles des participants disposant de ressources supérieures pour communiquer leurs idées et leurs opinions à la population en général.

J’arrive donc à la conclusion que l’art. 3 impose au Parlement l’obligation de s’abstenir de renforcer la capacité d’un citoyen de participer au processus électoral d’une manière qui compromette le droit d’un autre citoyen de participer utilement à ce processus. Dans le cas où une disposition législative accorde un avantage à certains citoyens mais pas à d’autres, il est nécessaire d’examiner attentivement son effet sur les seconds. Est incompatible avec l’art. 3 de la *Charte* toute disposition portant atteinte au droit de certains citoyens de jouer un rôle significatif dans le débat social que suscite le processus électoral.

En d’autres termes, il faut analyser la disposition en cause pour s’assurer que le législateur n’a pas porté atteinte au droit de tout citoyen de participer à

As the Court observed in *Libman, supra*, at para. 47, electoral fairness is a fundamental value of democracy:

The principle of electoral fairness flows directly from a principle entrenched in the Constitution: that of the political equality of citizens. . . . Elections are fair and equitable only if all citizens are reasonably informed of all the possible choices and if parties and candidates are given a reasonable opportunity to present their positions. . . .

Importantly, this requirement of fairness is not synonymous with formal equality: see the *Saskatchewan Reference, supra*, in which the Court determined that s. 3 does not require absolute voter parity. It is not enough to offend s. 3 that the legislation differentiates between one citizen and another, or one political party or another. It also is necessary that the differential treatment have an adverse impact upon the applicant's right to play a meaningful role in the electoral process.

The effect of the restriction on the right to issue tax receipts for donations received outside the election period is that parties that have satisfied the 50-candidate threshold are able to raise more funds than they would otherwise be able to raise. Similarly, the effect of the restriction on the right to transfer unspent election funds to the party rather than the Receiver General is that only parties that have satisfied the 50-candidate threshold are able to retain unspent election funds. In each instance, the effect of the threshold is that political parties that have satisfied the threshold requirement have more resources at their disposal for the purpose of communicating their ideas and opinions to the general public. The flip side of the coin is that it is even more difficult for a party that has not satisfied the 50-candidate threshold to publicize its own ideas and views. As the Court observed in *Libman, supra*, at para. 47, there already is reason to be concerned that the most affluent parties will dominate the public discourse and deprive their opponents of a reasonable opportunity to speak and to be heard. Legislation that augments this disparity increases the likelihood that the already marginalized voices of political parties with a limited geographical base

un scrutin équitable. Comme l'a souligné notre Cour dans *Libman*, précité, par. 47, l'équité des élections est une valeur démocratique fondamentale :

Le principe d'équité en matière électorale découle directement d'un principe consacré par la Constitution, soit le principe d'égalité politique des citoyens et citoyennes. [. . .] Les élections n'ont de caractère juste et équitable que si tous les citoyens et citoyennes sont raisonnablement informés de tous les choix possibles et que l'on donne une possibilité raisonnable aux partis, aux candidats et candidates d'exposer leur position . . .

Il importe de rappeler qu'équité n'est pas synonyme d'égalité formelle : voir le *Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité, où notre Cour a jugé que l'art. 3 n'exigeait pas la parité absolue des électeurs. Pour qu'il y ait atteinte à l'art. 3, il ne suffit pas qu'une loi établisse une distinction entre un citoyen et un autre ou entre un parti politique et un autre. La différence de traitement doit aussi avoir un effet défavorable sur le droit du demandeur de jouer un rôle significatif dans le processus électoral.

52

Le fait que seuls les partis politiques ayant présenté un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales sont habilités à délivrer des reçus fiscaux pour les dons reçus en dehors des périodes électorales a pour effet que ces partis sont à même de recueillir plus de fonds qu'ils ne pourraient le faire s'ils ne bénéficiaient pas de cet avantage. De plus, le fait que seuls ces partis ont le droit de conserver les fonds électoraux non dépensés, plutôt que de les remettre au receveur général, produit le même effet. Bref, dans les deux cas, les partis qui satisfont à cette condition disposent de ressources plus considérables pour communiquer leurs idées et leurs opinions à la population en général. À l'inverse, il va de soi qu'il est encore plus difficile pour les partis qui ne présentent pas 50 candidats de faire connaître leurs idées et leurs points de vue. Comme notre Cour l'a souligné dans l'arrêt *Libman*, précité, par. 47, il y a déjà lieu de craindre que les partis les mieux nantis accaparent le débat électoral et ne privent leurs opposants de la possibilité raisonnable de s'exprimer et d'être entendus. Une disposition législative qui accroît cette disparité augmente le risque que les partis traditionnels — qui sont en conséquence capables de

of support will be drowned out by mainstream parties with an increased ability to both raise and retain election funds.

53 This, in turn, diminishes the capacity of the individual members and supporters of such parties to play a meaningful role in the electoral process. As discussed above, political parties act as a vehicle for the participation of individual citizens in the electoral process; they are the primary mechanism by which individual citizens introduce their own ideas and opinions into the public dialogue that elections spawn. Legislation that contributes to a disparity in the capacity of the various political parties to participate in that dialogue ensures that some persons have a more effective vehicle for their ideas and opinions than others. The 50-candidate threshold thus infringes s. 3 of the *Charter* by decreasing the capacity of the members and supporters of the disadvantaged parties to introduce ideas and opinions into the open dialogue and debate that the electoral process engenders.

54 The restriction on these benefits has a more general adverse effect as well. The right to play a meaningful role in the electoral process includes the right of each citizen to exercise the right to vote in a manner that accurately reflects his or her preferences. In order to exercise the right to vote in this manner, citizens must be able to assess the relative strengths and weaknesses of each party's platform — and in order to assess the relative strengths and weaknesses of each party, voters must have access to information about each candidate. As a consequence, legislation that exacerbates a pre-existing disparity in the capacity of the various political parties to communicate their positions to the general public is inconsistent with s. 3. This, however, is precisely the effect of withholding from political parties that have not satisfied the 50-candidate threshold the right to issue tax receipts for donations received outside the election period and the right to retain unspent election funds. By derogating from the capacity of marginal or regional parties to present their ideas and opinions to the general public, it undermines the right

lever davantage de fonds mais aussi d'en conserver davantage — n'étouffent les voix déjà faibles des partis politiques jouissant d'appuis restreints sur le plan géographique.

Cette situation réduit à son tour la capacité des membres et des partisans de ces partis de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Comme il a été indiqué plus tôt, les partis politiques offrent aux citoyens un moyen de participer à ce processus; ils constituent le principal mécanisme par lequel les citoyens introduisent leurs propres idées et opinions dans le débat public auquel donne lieu l'élection. Un texte de loi qui creuse l'écart entre les différents partis politiques, du point de vue de la capacité de prendre part à ce débat, a pour effet de permettre à certains de disposer d'un véhicule plus efficace que les autres de faire connaître leurs idées et leurs opinions. Le critère des 50 candidatures porte en conséquence atteinte aux droits garantis par l'art. 3 de la *Charte* en diminuant la capacité des membres et des partisans des partis défavorisés de présenter des idées et des opinions dans le débat public auquel donne lieu le processus électoral.

Le refus d'accorder ces avantages produit en outre un effet préjudiciable plus général. Le droit des citoyens de jouer un rôle significatif dans le processus électoral emporte pour chacun d'eux le droit d'exercer son droit de vote d'une manière reflétant exactement ses préférences. Pour ce faire, les citoyens doivent être en mesure de comparer les forces et les faiblesses relatives du programme de chacun des partis et, pour évaluer ainsi chacun des partis, les électeurs doivent avoir accès à de l'information sur chaque candidat. En conséquence, un texte de loi qui creuse encore plus l'écart qui existe entre les divers politiques du point de vue de leur capacité de communiquer leurs positions au grand public contrevient à l'art. 3. Tel est pourtant exactement l'effet du refus d'accorder aux partis politiques qui ne satisfont pas au critère des 50 candidatures le droit de délivrer des reçus fiscaux à l'égard des dons reçus en dehors des périodes électorales et de conserver les fonds électoraux non dépensés. Du fait qu'il réduit la capacité des partis marginaux ou régionaux de présenter à la population leurs idées et leurs opinions, le refus de ces avantages porte

of each citizen to information that might influence the manner in which she or he exercises the right to vote.

(ii) Withholding the Right to Include Party Affiliation on the Ballot Papers

The impact of the 50-candidate threshold on the right of candidates to include their party affiliation on the ballot papers has a similar effect on the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. First, withholding this benefit from parties that have not satisfied the 50-candidate threshold diminishes the capacity of individual citizens to participate in the political discourse. There is a close connection between the capacity of the members and supporters of a political party to influence policy and the support that the party receives in any given election. Even if the party does not win a single seat in Parliament, the greater the number of votes that it receives the more likely it is that other citizens and the elected government will take seriously the ideas and opinions that it endorses. Legislation that reduces the number of votes that a candidate nominated by a particular party might receive interferes with the capacity of the members and supporters of that party to participate in the public discourse through participation in the selection of elected representatives. For the reasons below, it is my conclusion that the restriction on the right of a candidate to list his or her party affiliation on a ballot paper likely does have this effect.

As Molloy J. observed, political parties play such a prominent role in our democratic system that the choice of candidates by some voters is based largely, if not exclusively, on party affiliation. Many individuals are unaware of the personal identity or background of the candidate for whom they wish to vote. In the absence of a party identifier on the ballot paper, it is possible that certain voters will be unable to vote for their preferred candidate. Furthermore, it also is possible that voters who are familiar with the identity of the candidate of a particular party will be discouraged from voting for a candidate nominated by a non-registered party. Owing to the prominence of political parties in our system of representative democracy, affiliation with an officially recognized

atteinte aux droits des citoyens de disposer d'informations susceptibles d'influencer la manière dont ils exercent leur droit de vote.

(ii) Interdiction d'inscrire l'appartenance politique du candidat sur les bulletins de vote

En empêchant un candidat d'inscrire son appartenance politique sur les bulletins de vote, le critère des 50 candidatures compromet également le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Premièrement, le refus de cet avantage aux partis qui ne satisfont pas à cette condition réduit la capacité des citoyens de prendre part au débat électoral. Il existe un lien étroit entre la capacité des membres et des partisans d'un parti politique d'influencer les politiques d'intérêt général et l'appui que recueille ce parti à l'occasion d'un scrutin donné. Même lorsque le parti ne fait élire aucun député, plus il obtient de voix, plus il y a de chances que d'autres citoyens et le gouvernement élu prennent au sérieux les idées et les opinions qu'il défend. Un texte de loi qui a pour effet de réduire le nombre de voix que le candidat d'un parti est susceptible d'obtenir restreint par le fait même la capacité des membres et des partisans de ce parti de prendre part au débat public en participant à l'élection des députés. Pour les raisons exposées ci-après, j'arrive à la conclusion que le refus de permettre à un candidat d'inscrire son appartenance politique sur les bulletins de vote produit cet effet.

Comme l'a signalé la juge Molloy, les partis politiques jouent un rôle si important dans notre système démocratique que le choix d'un candidat par certains électeurs s'appuie en grande partie, sinon exclusivement, sur l'identité du parti auquel il appartient. En effet, bon nombre d'électeurs ignorent tout de l'identité personnelle ou du parcours du candidat en faveur duquel ils désirent voter. Si le bulletin de vote ne précise pas l'appartenance politique d'un candidat, il est possible que certains électeurs soient incapables de voter pour le candidat qui aurait autrement leur préférence. De plus, il se peut également que des électeurs qui connaissent l'identité du candidat d'un parti donné seront, pour cette raison, dissuadés de voter en faveur d'un parti

55

56

party is highly advantageous to individual candidates. In the minds of some voters, the absence of a party identifier might make candidates nominated by parties that have not satisfied the 50-candidate threshold a less attractive option. It might create the impression that the candidate is not, in fact, affiliated with a political party, or that the political party with which she or he is affiliated is not a legitimate political party. In each instance, the restriction on the right of candidates to list their party affiliation interferes with the capacity of non-registered parties to compete in the electoral process.

57 For similar reasons, the restriction on the right of candidates to include their party affiliation on the ballot paper also undermines the right of each citizen to make an informed choice from among the various candidates. In order to make such a choice, it is best that a voter have access to roughly the same quality and quantity of information in respect of each candidate. In our system of democracy, the political platform of an individual candidate is closely aligned with the political platform of the party with which she or he is affiliated, and thus the listing of party affiliation has a significant informational component. Thus, legislation that allows some candidates to list their party affiliation yet prevents others from doing the same is inconsistent with the right of each citizen to exercise his or her right to vote in a manner that accurately reflects his or her actual preferences. It violates s. 3 by ensuring that voters are better informed of the political platform of some candidates than they are of others.

58 For these reasons, I conclude that the 50-candidate threshold does infringe s. 3 of the *Charter*. It undermines both the capacity of individual citizens to influence policy by introducing ideas and opinions into the public discourse and debate through participation in the electoral process, and the capacity of individual citizens to exercise their right to vote in a manner that accurately reflects their preferences. In each instance, the threshold require-

non enregistré. Vu la visibilité dont jouissent les partis politiques dans notre système de démocratie représentative, l'appartenance à un parti reconnu officiellement confère un énorme avantage à ses candidats. Pour certains électeurs, l'absence de toute indication de l'appartenance politique d'un candidat peut faire d'un candidat présenté par un parti comptant moins de 50 candidats un choix moins intéressant. Cette absence d'identification peut donner l'impression que le candidat n'appartient pas à un parti politique ou que le parti auquel il appartient n'est pas un parti politique légitime. Dans chaque cas, l'interdiction faite aux candidats d'inscrire leur appartenance politique réduit la capacité des partis non enregistrés de rivaliser pour la faveur des électeurs.

Pour des raisons analogues, cette interdiction porte également atteinte au droit de tout citoyen de faire un choix éclairé entre les différents candidats. Les électeurs ont de meilleures chances de faire un tel choix lorsqu'ils disposent de renseignements sensiblement équivalents en qualité et en quantité à l'égard de chacun des candidats. Dans notre système démocratique, le programme politique d'un candidat correspond étroitement à celui du parti auquel il appartient, de sorte que la mention de l'appartenance politique du candidat constitue un élément d'information important. Par conséquent, toute disposition législative qui permet à certains candidats de préciser leur appartenance politique, mais en empêche d'autres de le faire, est incompatible avec le droit de tout citoyen d'exercer son droit de vote d'une manière qui reflète exactement ses préférences véritables. Une telle disposition viole l'art. 3 parce que, du fait de son application, les électeurs connaissent mieux le programme politique de certains candidats que celui des autres.

Pour ces motifs, je conclus que le critère des 50 candidatures viole l'art. 3 de la *Charte*. Elle réduit la capacité des citoyens d'influencer la politique sociale en introduisant leurs idées et leurs opinions dans le débat public par leur participation au processus électoral. Elle mine aussi la capacité des citoyens d'exercer leur droit de vote d'une manière qui reflète exactement leurs préférences. Dans chaque cas, la condition contestée est incompatible avec l'objet

ment is inconsistent with the purpose of s. 3 of the *Charter*: the preservation of the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process.

B. Is the Infringement Saved by Section 1 of the Charter?

In order to justify the infringement of a *Charter* right under s. 1, the government must demonstrate that the limitation is reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. This involves a two-step analysis, pursuant to *Oakes, supra*, and related cases: *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Thomson Newspapers, supra*, and *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3. Throughout this process the burden rests on the government. The government first must demonstrate that the objective of the legislation is sufficiently pressing and substantial to warrant violating a *Charter* right. The objectives must be neither “trivial” nor “discordant with the principles integral to a free and democratic society”: *Oakes, supra*, at p. 138. Once this has been established, the government must then demonstrate that the infringement is proportionate, namely, that the legislation is rationally connected to the objective, that it minimally impairs the *Charter* right in question, and that the salutary benefits of the legislation outweigh the deleterious effects.

Before beginning this analysis, I note this Court’s prior conclusion that limits on s. 3 require not deference, but careful examination: *Sauvé, supra*, at para. 9. As the Court observed in that case, s. 3 is one of the *Charter* rights that cannot be overridden by the invocation of s. 33 of the *Charter*. This highlights the extent to which s. 3 is fundamental to our system of democracy and indicates that great care must be exercised in determining whether or not the government has justified a violation of s. 3.

même de l’art. 3 de la *Charte*, savoir la protection du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral.

B. La validité des dispositions attentatoires est-elle sauvegardée par l’article premier de la *Charte*?

Pour justifier, au regard de l’article premier, l’atteinte portée à un droit garanti par la *Charte*, le gouvernement doit démontrer qu’il s’agit d’une limite raisonnable et justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique. Cette démonstration requiert une analyse en deux volets, conforme aux principes exposés dans l’affaire *Oakes*, précitée, et d’autres arrêts pertinents : *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, *Thomson Newspapers*, précité, et *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3. La charge de la preuve incombe au gouvernement pendant toute l’analyse. Tout d’abord, ce dernier doit prouver que la disposition contestée vise un objectif suffisamment urgent et réel pour justifier la violation d’un droit constitutionnel. Il ne doit pas s’agir d’un objectif « peu importan[t] » ni « contrair[e] aux principes qui constituent l’essence même d’une société libre et démocratique » : *Oakes*, précité, p. 138. Une fois cette preuve faite, le gouvernement doit établir que l’atteinte est proportionnée, savoir qu’il existe un lien rationnel entre la disposition législative et l’objectif visé, que la disposition porte le moins possible atteinte au droit constitutionnel en cause et que ses effets bénéfiques l’emportent sur ses effets préjudiciables.

Avant d’amorcer cette analyse, je tiens à rappeler que, en cas de contestation de restrictions apportées aux droits garantis par l’art. 3 de la *Charte*, les tribunaux doivent se livrer à un examen approfondi du bien-fondé de ces limites et non faire montre de déférence : *Sauvé*, précité, par. 9. Comme l’a souligné notre Cour dans cet arrêt, les droits prévus à l’art. 3 font partie des droits garantis par la *Charte* auxquels il est interdit de déroger en invoquant l’art. 33 de ce texte. Ce fait indique bien à quel point l’art. 3 est un élément fondamental de notre système démocratique et le grand soin avec lequel il faut décider si le gouvernement a justifié ou non la violation de cette disposition.

59

60

61 In his factum, the Attorney General of Canada submits that the objective of the 50-candidate threshold is “to enhance the effectiveness of Canadian elections, in both their process *and* outcome” (emphasis in original). More specifically, the Attorney General submits that the 50-candidate threshold advances three separate goals: (i) to improve the effectiveness of the electoral process; (ii) to protect the integrity of the electoral financing regime; and (iii) to ensure that the process is able to deliver a viable outcome for our form of responsible government. To provide a more complete analysis of the federal government’s arguments under s. 1, I deal with each objective advanced separately. Consequently, in the analysis below, I consider each of the proposed objectives in turn to determine first whether the government has demonstrated that any of the specific objectives is of pressing and substantial importance and, second, that the violation of s. 3 is proportionate.

(1) Improvement of the Electoral Process

62 The first objective that the Attorney General relies upon is the improvement of the electoral process through the public financing of political parties. To the extent that this actually is the objective of the 50-candidate threshold, the objective is a pressing and substantial one. The public financing of political parties makes a number of valuable contributions to our system of democracy.

63 The effective functioning of the electoral process requires that political parties have access to considerable financial resources. For the reasons discussed above, it is essential that voters are well informed. Voters that are not well informed cannot exercise their right to vote in a manner that reflects their actual preferences. Political parties, however, cannot ensure that voters are well informed unless they have access to sufficient financial resources to communicate their ideas to the general public. And many would argue that it is not only beneficial that political parties have access to adequate financial resources, but also that a significant percentage of those resources be received from individual citizens. The present law is based on the theory that

Dans son mémoire, le procureur général du Canada soutient que l’objectif visé par l’application du critère des 50 candidatures consiste [TRADUCTION] « à accroître l’efficacité des élections au Canada, à la fois leur déroulement *et* leur résultat » (en italique dans l’original). Plus précisément, il fait valoir que ce critère vise trois objectifs distincts : (i) accroître l’efficacité du processus électoral; (ii) préserver l’intégrité du système de financement électoral; (iii) faire en sorte que le processus permette de produire un résultat viable eu égard à notre forme de gouvernement responsable. Afin d’analyser plus exhaustivement l’argument du gouvernement fédéral fondé sur l’article premier, je vais examiner ces objectifs séparément. Dans chaque cas, je vais me demander d’abord s’il s’agit d’un objectif urgent et réel et, de deuxièmement, si la violation respecte le critère de la proportionnalité.

(1) Amélioration du processus électoral

Le premier objectif invoqué par le procureur général est l’amélioration du processus électoral grâce au financement public des partis politiques. Dans la mesure où il s’agit effectivement de l’objectif visé par le critère des 50 candidatures, l’objectif en question est urgent et réel. Le financement public des partis politiques contribue, sous un certain nombre de rapports, à l’amélioration de notre système démocratique.

Pour que le processus électoral fonctionne efficacement, il faut que les partis politiques aient accès à des ressources financières considérables. Pour les raisons examinées précédemment, il est essentiel que les électeurs soient bien informés. Les électeurs qui ne sont pas bien informés ne peuvent exercer leur droit de vote d’une manière reflétant leurs préférences véritables. Toutefois, les partis politiques ne peuvent informer convenablement les électeurs que s’ils ont accès à des ressources financières suffisantes pour leur permettre de communiquer leurs idées à l’ensemble de la population. D’aucuns prétendraient qu’il est bénéfique non seulement que les partis politiques disposent de ressources financières suffisantes, mais aussi qu’un pourcentage important

candidates who have received modest contributions from a broad range of sources, including individuals, are more accountable to the citizens whose interests they ultimately represent than candidates who receive large contributions from a limited number of sources, such as business organizations and unions: *Report of the Committee on Election Expenses* (the Barbeau Committee) (1966), at pp. 33-34.

Thus, I agree that legislation that seeks to encourage individual citizens to donate funds to political parties advances a pressing and substantial objective. However, it is not the validity of legislation that encourages individual citizens to donate funds to political parties that is in question. Legislation that prevents certain political parties from issuing tax receipts or retaining unspent election funds does not encourage individual citizens to donate funds to political parties, but, rather, actively discourages the members and supporters of those parties from making such contributions. There is no connection whatsoever between the 50-candidate threshold and the objective of improving the electoral process through the public financing of political parties.

While the broad objective of “improving the electoral process through the public financing of political parties” will, therefore, not suffice to justify the legislation, it is possible that the more specific objective of ensuring that the electoral process is improved in what might be called a cost-efficient manner would satisfy the *Oakes* test. As an initial matter, I am apprehensive about concluding that the objective of ensuring the cost-efficiency of the tax credit scheme is sufficiently pressing and substantial to warrant violating a *Charter* right. There is no meaningful distinction between violating a *Charter* right for the purpose of advancing an otherwise valid objective in a cost-efficient manner and violating a *Charter* right for the purpose of preserving the public purse. It is not clear, however, that preserving the public purse is an objective that is sufficiently pressing and substantial to satisfy this

de ces ressources viennent de citoyens ordinaires. La loi actuelle repose sur la prémissse selon laquelle les candidats qui reçoivent de modestes contributions d'un grand nombre de sources, y compris de personnes physiques, sont plus redéposables envers les citoyens dont ils défendent les intérêts en définitive que les candidats qui recueillent des sommes plus considérables d'un nombre plus restreint de sources, notamment d'entreprises et de syndicats : *Rapport du Comité des dépenses électorales* (le « Comité Barbeau ») (1966), p. 36-37.

64

En conséquence, je reconnais qu'un texte de loi qui vise à encourager les citoyens à faire des dons aux partis politiques contribue à la réalisation d'un objectif urgent et réel. Cependant, ce n'est pas la validité d'un texte de loi qui encourage les citoyens à faire des dons aux partis politiques qui est en cause. Un texte de loi qui interdit à certains partis politiques de remettre des reçus fiscaux à l'égard des dons recueillis en dehors des périodes électorales ou de conserver les fonds électoraux non dépensés n'incite pas les citoyens à contribuer au financement des partis politiques, mais dissuade activement de le faire les membres et les partisans de ces partis politiques. Il n'existe aucun lien entre l'obligation de présenter 50 candidats et l'objectif consistant à améliorer le processus électoral grâce au financement public des partis politiques.

65

Bien que l'objectif général consistant à « améliorer le processus électoral grâce au financement public des partis politiques » ne soit par conséquent pas suffisant pour justifier les mesures législatives contestées, il est possible que l'objectif plus précis qui consiste à améliorer le processus électoral sur le plan, pourrait-on dire, du rapport coût-efficacité satisfasse au critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Tout d'abord, je suis réticent à conclure que l'objectif visant à assurer le rapport coût-efficacité du régime de crédits d'impôt est suffisamment urgent et réel pour justifier la violation d'un droit garanti par la *Charte*. Il n'y a pas de différence réelle entre la violation d'un droit constitutionnel pour favoriser la réalisation économique d'un objectif par ailleurs valide et la violation d'un droit constitutionnel par souci d'économie des derniers publics. Toutefois, il n'est pas certain que

branch of the *Oakes* test. As Lamer C.J. wrote in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 709, “budgetary considerations cannot be used to justify a violation under s. 1”; see also *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 99; and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3.

66 At the same time, I do not wish to rule out the possibility that there might be instances in which the potential impact upon the public purse is of sufficient magnitude to justify limiting the rights of individual citizens. For the sake of this analysis, then, I believe it prudent to accept that ensuring the cost-efficiency of the tax credit scheme is a pressing and substantial concern. The question, then, is whether the 50-candidate threshold is proportional, that is, whether it is an acceptable means of ensuring the cost-efficiency of the financing regime. More specifically, is the threshold requirement rationally connected to the objective, does it impair s. 3 as minimally as possible, and do the benefits of the threshold outweigh its effects on the *Charter* rights of the individual citizen?

67 In respect of the restriction on the right of the candidates to transfer unspent election funds to the party and to list their party affiliation on the ballot papers, it is impossible to discern any connection whatsoever between the threshold requirement and the objective of ensuring the cost-efficiency of public financing. In neither instance is the benefit made available for the purpose of encouraging individual citizens to donate funds to political parties. Accordingly, it is impossible to conclude that the objective of the restriction is to ensure the cost-efficiency of the public financing regime. This objective can provide no justification for restricting the right of candidates to transfer unspent election funds to the party or to include party identifiers on their ballot papers.

l'économie des deniers publics constitue un objectif suffisamment urgent et réel pour satisfaire le volet pertinent du critère énoncé dans *Oakes*. Comme l'a dit le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 709, « les considérations financières ne p[euvent] servir à justifier une violation dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier » : voir également *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 99, et *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3.

Par ailleurs, je ne voudrais pas écarter la possibilité que, dans certains cas, l'effet possible sur les deniers publics soit suffisamment important pour justifier la restriction de certains droits des citoyens. Par conséquent, pour les besoins de la présente analyse, j'estime prudent de reconnaître que le fait d'assurer le rapport coût-efficacité du régime de crédits d'impôt constitue une préoccupation urgente et réelle. Dès lors, il faut se demander si l'application du critère des 50 candidatures est une mesure proportionnée, c'est-à-dire s'il s'agit d'un moyen acceptable d'assurer le rapport coût-efficacité du régime de financement des élections. Plus précisément, cette exigence a-t-elle un lien rationnel avec l'objectif visé, porte-t-elle le moins possible atteinte à l'art. 3 et ses effets bénéfiques sont-ils plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits constitutionnels des citoyens?

En ce qui concerne l'interdiction faite aux candidats de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés et d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote, il est impossible de discerner quelque lien que ce soit entre le critère des 50 candidatures et l'objectif visant à assurer le rapport coût-efficacité du financement public des élections. Aucun de ces avantages n'a pour but d'encourager les citoyens à faire des dons aux partis politiques. Il est par conséquent impossible de conclure que le refus d'accorder ces avantages vise à assurer le rapport coût-efficacité du régime de financement public des élections. Cet objectif ne saurait justifier de refuser aux candidats le droit de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés et d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote.

At first glance, it might appear that the restriction on the right of political parties to issue tax receipts for donations received outside the election period is rationally connected to the objective of ensuring the cost-efficiency of the public financing regime. After all, each tax credit issued does reduce the country's tax revenues. Nonetheless, it is important to note that the threshold requirement has no impact whatsoever upon the potential overall burden of the tax credit scheme on the public purse. Even with the threshold in place, it still is possible for every citizen to obtain the full \$500 credit that is available in respect of donations to political parties. Further, there is nothing in the *Elections Act* that would prevent each citizen from making a donation to a registered political party. The connection between legislation that has no impact upon either the number of citizens allowed to claim the tax credit or the size of the credit and the objective of ensuring the cost-efficiency of the tax credit scheme is tenuous at best. Moreover, the government has provided no evidence to substantiate its claim that the threshold actually improves the cost-efficiency of the tax credit scheme. It is thus my conclusion that the rational connection test had not been satisfied.

Even if the government was able to advance sufficient evidence to substantiate its claim that the threshold requirement is rationally connected to the advanced objective, the legislation still fails the minimal impairment test. If Parliament believes that the costs associated with the tax credit scheme are prohibitively high, a more appropriate means by which to address this problem would be to reduce the amount that each citizen is entitled to claim in respect of donations to political parties. This would not only be a more effective means of limiting the costs associated with the tax credit scheme, but it also would be a means of achieving that objective that did not result in the violation of any citizen's right to play a meaningful role in the electoral process. Where the same objective can be achieved without violating any citizen's *Charter* rights, the minimal impairment test of the *Oakes* test has not been satisfied.

À première vue, l'interdiction fait à certains partis politiques de remettre des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales présente un lien rationnel avec l'objectif consistant à assurer le rapport coût-efficacité du régime de financement public des élections. Après tout, chaque crédit d'impôt accordé diminue d'autant les recettes fiscales de l'État. Il importe toutefois de signaler que le critère des 50 candidatures n'a aucun effet sur la ponction globale que pourrait opérer le régime de crédits d'impôt sur les deniers publics. En effet, malgré l'existence de ce critère, il demeure possible à tout citoyen d'obtenir le crédit maximal de 500 \$ pour les dons faits à des partis politiques, puisque la *Loi électorale du Canada* n'empêche personne de faire un don à un parti politique enregistré. Au mieux, il n'existe qu'un lien tenu entre une disposition n'ayant aucune incidence sur le nombre de citoyens ayant droit au crédit d'impôt ou sur le montant de ce crédit et l'objectif qui consiste à assurer le rapport coût-efficacité du régime de crédits d'impôt. De plus, le gouvernement n'a présenté aucun élément de preuve au soutien de sa prétention que l'application du critère des 50 candidatures accroît effectivement l'efficacité du régime de crédits d'impôt du point de vue du rapport coût-efficacité. J'estime donc que le volet exigeant l'existence d'un lien rationnel n'est pas satisfait.

Même si le gouvernement était en mesure de prouver l'existence d'un lien rationnel entre le critère des 50 candidatures et l'objectif invoqué, la mesure législative contestée ne satisferait pas au critère de l'atteinte minimale. Si le Parlement estime que le coût du régime de crédits d'impôt est extrêmement élevé, un moyen plus approprié de corriger ce problème serait de réduire la somme qu'un contribuable peut déduire au titre des dons à des partis politiques. Non seulement cette mesure contribuerait-elle plus efficacement à abaisser le coût du régime de crédits d'impôt, mais elle permettrait également de réaliser cet objectif sans porter atteinte au droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Lorsqu'un objectif peut être réalisé sans violer les droits garantis par la *Charte*, la mesure attentatoire ne respecte pas le volet atteinte minimale du critère établi dans l'arrêt *Oakes*.

70 Finally, even if the first two branches of the proportionality test had been met, the benefits associated with the reduced costs of the tax credit scheme still would not outweigh the deleterious effects on the right of individual citizens to play a meaningful role in the electoral process. The right to participate in the selection of elected representatives is one of the touchstones of a free and democratic state: see *Sauvé, supra*, at para. 58, in which McLachlin C.J. wrote that a violation of s. 3 undermines both the legitimacy and effectiveness of government. The deleterious effects associated with a violation of s. 3 are substantial. Conversely, the government has advanced no evidence indicating that the 50-candidate threshold provides any significant benefit to the public purse. Rather, owing to the fact that political parties that nominate candidates in fewer than 50 electoral districts typically have a relatively small base of support, one would expect the percentage of political donations received by non-registered parties to be relatively insignificant — as one would thereby expect the savings to the public purse to be relatively insignificant. If the right of individual citizens to play a meaningful role in the electoral process is to be limited for fiscal reasons, the savings would have to be much more substantial than those associated with the restriction on the right of non-registered parties to issue tax receipts to individual citizens for donations received outside the election period.

(2) Protecting the Integrity of the Electoral Financing Regime

71 The Attorney General submits that a second objective of the 50-candidate threshold is the preservation of the integrity of the electoral financing regime. It is his submission that the 50-candidate threshold is necessary to ensure that third parties that have no genuine interest in participating in the electoral process do not abuse the electoral financing regime.

72 This Court already has determined that preserving the integrity of the electoral process is a pressing and substantial concern in a free and democratic state. In *Harvey, supra*, in which the Court considered the constitutional validity of provincial

Enfin, même si les deux premiers volets du critère de la proportionnalité étaient respectés, les effets bénéfiques de la réduction du coût du régime de crédits d'impôt ne l'emporteraient quand même pas sur les effets préjudiciables de cette mesure sur le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral. Le droit de prendre part à l'élection des députés est l'une des pierres angulaires d'un État libre et démocratique : voir *Sauvé*, précité, par. 58, où la juge en chef McLachlin a dit que la violation de l'art. 3 sape la légitimité du gouvernement et son efficacité. Les effets préjudiciables de la violation de l'art. 3 sont considérables. Par contre, le gouvernement n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que le critère des 50 candidatures permet au Trésor public de réaliser des économies substantielles. D'ailleurs, comme les partis politiques qui présentent moins de 50 candidats disposent généralement d'appuis relativement restreints, il est permis de penser que le pourcentage des dons recueillis par les partis non enregistrés est relativement minime et que l'économie pour le Trésor public est en conséquence relativement minime. Si le droit des citoyens de jouer un rôle significatif dans le processus électoral doit être restreint pour des raisons d'ordre fiscal, il faudrait que les économies en résultant soient beaucoup plus importantes que celles découlant du refus de permettre aux partis non enregistrés de remettre aux citoyens des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales.

(2) Préserver l'intégrité du système de financement électoral

Le procureur général fait valoir que le critère des 50 candidatures a pour deuxième objectif de préserver l'intégrité du système de financement électoral. Il prétend que ce nombre minimal est nécessaire pour éviter que les tiers partis qui ne poursuivent pas d'intérêt véritable en participant au processus électoral n'utilisent à mauvais escient le système de financement électoral.

Notre Cour a, dans une affaire antérieure, jugé que la protection de l'intégrité du processus électoral est une préoccupation urgente et réelle dans un État libre et démocratique. Dans l'arrêt *Harvey*, précité, qui concernait la constitutionnalité de

legislation that prohibited members of New Brunswick's Legislative Assembly from holding or seeking office for a period of five years subsequent to conviction pursuant to the New Brunswick *Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3, La Forest J. wrote as follows, at para. 38:

I have no doubt that the primary goal of the impugned legislation is to maintain and enhance the integrity of the electoral process. Nor do I doubt that such an objective is always of pressing and substantial concern in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society.

The systems and regulations that govern the process by which governments are formed should not be easily compromised. Electoral financing is an integral component of that process, and thus it is of great importance that the integrity of the electoral financing regime be preserved. Ensuring that funds raised pursuant to the *Elections Act* are not misused is a constitutionally valid objective.

The next question to be determined is whether there is a rational connection between the impugned legislation and the constitutionally valid objective: has the government demonstrated that the 50-candidate threshold is rationally connected to the objective of preserving the integrity of electoral financing regime? Once again, it is immediately clear that this objective provides no justification for the restriction on the right of candidates to list their party affiliation on the ballot papers. The restriction on the right of candidates to list their party affiliation on their ballot papers simply does not engage the electoral financing regime, let alone advance the objective of ensuring its integrity. Although it is perhaps less obvious, the same is true of the restriction on the right to issue tax receipts and the right to transfer unspent election funds to the party.

In respect of the restriction on the right to issue tax receipts, it is the Attorney General's submission that the threshold requirement prevents organizations that have no genuine interest in the electoral process from raising funds pursuant to s. 127(3) of the *Income Tax Act*. There would seem to be two possible aspects to this submission. The first is that

dispositions législatives provinciales rendant inhérente à occuper la charge de député pendant une période de cinq ans tout membre de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick reconnu coupable d'une infraction à la *Loi électorale* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. E-3, le juge La Forest a dit ce qui suit, au par. 38 :

Je ne doute pas que la loi contestée ait principalement pour but de maintenir et de renforcer l'intégrité du processus électoral. Je ne doute pas non plus qu'un tel objectif soit toujours une préoccupation urgente et réelle de toute société qui prétend suivre les préceptes d'une société libre et démocratique.

Il ne faut pas que les mécanismes et les règles qui régissent le processus de formation des gouvernements soient trop vulnérables. Comme le financement électoral est un élément essentiel de ce processus, il est très important de protéger l'intégrité de ce régime. Veiller à ce que les fonds recueillis conformément à la *Loi électorale* ne soient pas utilisés à mauvais escient est un objectif constitutionnellement valide.

73

Il faut maintenant se demander s'il existe un lien rationnel entre la disposition contestée et cet objectif constitutionnellement valide : le gouvernement a-t-il établi l'existence d'un lien rationnel entre le critère des 50 candidatures et l'objectif consistant à protéger l'intégrité du système de financement électoral? Ici encore, il est clair, d'entrée de jeu, que cet objectif ne saurait justifier de refuser aux candidats le droit d'inscrire leur appartenance politique sur les bulletins de vote. Le refus de ce droit n'a tout simplement aucun lien avec le système de financement électoral et contribue encore moins à protéger l'intégrité de celui-ci. Bien que cela ne soit peut-être pas aussi évident, cette constatation vaut également pour le refus d'accorder le droit de remettre des reçus fiscaux et celui de remettre au parti les fonds électoraux non dépensés.

74

Relativement au refus d'accorder le droit de remettre des reçus fiscaux, le procureur général prétend que le critère des 50 candidatures a pour effet d'empêcher les organisations qui n'ont pas d'intérêt véritable à participer au processus électoral de collecter des fonds en application du par. 127(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette prétention

failure to satisfy the 50-candidate threshold is evidence that a political party has no genuine interest in the electoral process. The second is that the 50-candidate threshold actively discourages organizations that have no electoral aim from seeking registered party status solely for the purpose of obtaining the right to issue tax receipts. Neither aspect of this submission provides a sufficient basis for concluding that the threshold requirement is rationally connected to the stated objective.

75 First, there is no merit whatsoever to the claim that failure to satisfy the 50-candidate threshold is evidence that a political party has no genuine interest in the electoral process. For all the reasons discussed above, a political party need not nominate candidates in 50 electoral districts in order to play a meaningful role in the electoral process. History reveals instances in which political parties that were once prominent in fielding candidates or electing members subsequently failed to meet the 50-candidate threshold. Most recently, the Communist Party of Canada failed to satisfy the threshold in 1993, as did the Social Credit Party in 1988. As these examples indicate, the 50-candidate threshold is an inadequate mechanism for determining whether an organization is a legitimate political party, with a genuine intention of participating in the electoral process.

76 The government also has failed to demonstrate that the threshold prevents third parties or lobby groups from nominating candidates for the sole purpose of obtaining the right to issue tax receipts for donations received outside the campaign period. I first note that all candidates, whether nominated by a registered party or not, are entitled to issue tax receipts for donations received during the campaign period. If third parties or lobby groups have not already nominated candidates for the purpose of obtaining this benefit, it seems unlikely that they would nominate candidates for the purpose of obtaining the right to issue tax receipts for donations received outside the election period. In

paraît comporter deux facettes. La première est que l'omission de satisfaire au critère des 50 candidatures indique qu'un parti politique n'est pas vraiment intéressé à participer au processus électoral. La seconde est que cette exigence dissuade activement les organisations qui ne poursuivent pas d'objectif électoral de chercher à obtenir la qualité de parti enregistré à seule fin de pouvoir remettre des reçus fiscaux. Aucune des facettes de cette prétention ne permet de conclure à l'existence d'un lien rationnel entre l'exigence en cause et l'objectif énoncé.

Premièrement, l'argument voulant que l'omission de satisfaire au critère des 50 candidatures établisse qu'un parti politique n'est pas vraiment intéressé à participer au processus électoral n'a absolument aucun fondement. Pour toutes les raisons examinées précédemment, il n'est pas nécessaire qu'un parti politique présente un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales pour jouer un rôle significatif dans le processus électoral. L'histoire électorale révèle que des partis politiques qui présentaient et, dans certains cas, faisaient élire un grand nombre de candidats ont subséquemment été incapables de satisfaire au critère des 50 candidatures. Récemment, le Parti communiste du Canada en 1993 et le Parti Crédit social du Canada en 1988 n'ont pas été en mesure de satisfaire à ce critère. Comme le montrent ces exemples, le critère des 50 candidatures n'est pas un mécanisme approprié pour décider si une organisation est un parti politique légitime, qui a véritablement l'intention de prendre part au processus électoral.

Le gouvernement n'a pas non plus prouvé que le critère empêche des tiers ou des groupes de pression de présenter des candidats à seule fin d'obtenir le droit de remettre des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des périodes électorales. Premièrement, soulignons que tous les candidats, qu'ils soient présentés par un parti enregistré ou non, ont le droit de remettre des reçus fiscaux pour les dons recueillis pendant la campagne électorale. S'il n'est pas déjà arrivé que des tiers ou des groupes de pression présentent des candidats afin d'obtenir cet avantage, il semble peu probable qu'ils le fassent pour obtenir le droit de remettre des reçus fiscaux pour les dons recueillis en dehors des

addition, there are a substantial number of obligations that a registered party must comply with, such as submitting audited financial statements, audited financial transactions returns and audited election expenses returns. Absent evidence indicating that these requirements are not sufficient to prevent third parties from seeking registered party status for the sole purpose of abusing the tax credit scheme, there is no basis for concluding that the 50-candidate threshold actually advances the objective of preventing the misuse of the electoral financing regime.

In respect of the restriction on the right of candidates to transfer unspent election funds to the party, the respondent submits that a threshold requirement is necessary because non-registered parties are not subject to the reporting requirements of the *Elections Act*. This submission, however, is entirely circular. After all, the threshold requirement is the only reason that parties that nominate fewer than 50 candidates are not subject to the reporting requirements. If the reporting requirements already address the misuse of unspent election funds, it is unnecessary to require certain parties to transfer unspent election funds to the Receiver General. If, on the other hand, the reporting requirements are insufficient to prevent the misuse of election funds, the threshold requirement would do little to preserve the integrity of the electoral financing regime. The integrity of the electoral financing regime is not preserved by requiring but an extremely small subset of unspent election funds to be paid to the Receiver General.

Furthermore, even if the restrictions on the right to issue the tax receipt and the right to retain unspent election funds prevent the misuse of the electoral financing regime, the legislation fails the minimal impairment test. In each instance, the government has failed to demonstrate that it could not achieve the same results without violating s. 3 of the *Charter*. Consider, for example, the auditors and other investigators that the government already has at its disposal. There is no reason to think that

périodes électorales. De plus, un parti enregistré doit s'acquitter d'un nombre appréciable d'obligations, notamment présenter des états financiers vérifiés, un rapport vérifié des opérations et un rapport vérifié des dépenses électorales. Vu l'absence de preuve indiquant que ces obligations ne sont pas suffisantes pour empêcher des tiers de chercher à obtenir la qualité de parti enregistré à seule fin de profiter indûment du régime de crédits d'impôt, rien ne permet de conclure que le critère des 50 candidatures favorise la réalisation de l'objectif consistant à prévenir l'utilisation à mauvais escient du système de financement électoral.

Pour ce qui est du refus d'accorder aux candidats le droit de remettre à leur parti respectif les fonds électoraux non dépensés, l'intimé plaide que le critère des 50 candidatures est nécessaire parce que les partis non enregistrés ne sont pas assujettis aux obligations prévues par la *Loi électorale* en matière de déclaration. Il s'agit là toutefois d'un argument entièrement circulaire. Après tout, l'existence du critère en question est la seule raison pour laquelle les partis qui présentent moins de 50 candidats ne sont pas assujettis aux obligations de déclaration. Si ces obligations protègent déjà contre les risques d'utilisation à mauvais escient des fonds électoraux non dépensés, il est inutile d'obliger certains partis à remettre ces fonds au receveur général. Par ailleurs, si ces obligations ne permettent pas de prévenir ce genre d'abus, l'application du critère des 50 candidatures contribue certes très peu à la protection de l'intégrité du système de financement électoral. En effet, l'obligation de remettre au receveur général une portion extrêmement minime des fonds électoraux ne protège pas l'intégrité du système de financement électoral.

De plus, même si le refus d'accorder le droit de remettre des reçus fiscaux et le droit de conserver les fonds électoraux non dépensés prévient l'utilisation à mauvais escient du système de financement électoral, les dispositions contestées ne satisfont pas au critère de l'atteinte minimale. Dans chaque cas, le gouvernement n'a pas établi qu'il lui serait impossible d'obtenir le même résultat sans violer l'art. 3 de la *Charte*. Pensons par exemple aux vérificateurs et autres enquêteurs dont dispose actuellement l'État.

77

78

auditors would not be equally capable, if not more so, of detecting, and thereby preventing, the misuse of funds raised pursuant to the electoral financing regime. The misuse of funds, after all, is precisely the sort of mischief that auditors are trained to uncover, and which the state can properly criminalize in order to preserve the integrity of the electoral financing regime. The logical inference is that precisely the same result could be achieved through strict spending rules and the use of auditors. If the same result could be achieved without violating the *Charter*, the minimal impairment requirement has not been satisfied.

(3) Ensuring a Viable Outcome for Our Form of Responsible Government

79 The third objective advanced by the respondent is that of ensuring that the electoral process results in a viable outcome for our form of responsible government. The essence of this submission is that a certain type of outcome, considered from a non-partisan perspective, is better suited to our system of democracy. In particular, what the respondent would seem to envision is the formation of a majority government that has aggregated preferences on a national scale. It is the respondent's submission that majority governments provide more effective governance than governments that consist of coalitions between or among various political parties. On this view, legislation that increases the likelihood of such a government is legislation that advances a pressing and substantial objective.

80 Articulating the objective of the legislation in this manner is extremely problematic. In order to advance this objective, the legislation must interfere with the right of individual citizens to play a meaningful role in the electoral process to such an extent that it increases the likelihood that candidates nominated by national parties will be elected, thereby decreasing the likelihood that candidates nominated by regional or marginal parties will be elected. As noted above, in *Oakes, supra*, Dickson C.J. concluded that the objective of the impugned legislation

Il n'y a aucune raison de croire que le recours à des vérificateurs ne permettrait pas tout autant, sinon davantage, de détecter et, partant, d'empêcher l'emploi à mauvais escient des fonds recueillis dans le cadre du système de financement électoral. Après tout, ce comportement est précisément le genre de méfait que les vérificateurs sont entraînés à mettre au jour et que l'État peut à bon droit criminaliser afin de préserver l'intégrité du système de financement électoral. L'inférence logique est que l'on pourrait obtenir exactement le même résultat par l'application de règles strictes en matière de dépenses et par le recours à des vérificateurs. Lorsqu'il est possible d'obtenir le même résultat sans violer la *Charte*, le critère de l'atteinte minimale n'est pas respecté.

(3) Assurer l'obtention d'un résultat viable eu égard à notre régime de gouvernement responsable

L'intimé invoque un troisième objectif, soit celui de faire en sorte que le résultat du processus électoral soit viable compte tenu de notre régime de gouvernement responsable. L'intimé soutient essentiellement que, considéré d'un point de vue non partisan, un certain type de résultat convient davantage à notre système démocratique. Ce que paraît privilégier l'intimé est la formation d'un gouvernement majoritaire ayant agrégé les préférences des citoyens à l'échelle nationale. Selon l'intimé, un gouvernement majoritaire est plus efficace qu'un gouvernement issu de la coalition de plusieurs partis politiques. Selon ce point de vue, un texte de loi qui favorise la formation de gouvernements majoritaires contribue à la réalisation d'un objectif urgent et réel.

Le fait d'exprimer ainsi cet objectif est extrêmement problématique, étant donné que, pour favoriser sa réalisation, il faut adopter une loi qui porte au droit des citoyens de jouer un rôle significatif dans le processus électoral une atteinte telle qu'elle accroît la probabilité que soient élus les candidats de partis d'envergure nationale, et qui réduit par le fait même les chances que soient élus les candidats de partis marginaux ou régionaux. Comme il a été indiqué plus tôt, le juge en chef Dickson a conclu dans l'arrêt *Oakes*, précité, que l'objectif de

must not be “discordant” with the principles integral to a free and democratic society. Legislation enacted for the express purpose of decreasing the likelihood that a certain class of candidates will be elected is not only discordant with the principles integral to a free and democratic society, but, rather, is the antithesis of those principles. Consequently, it is difficult to accept that the objective of ensuring that the electoral process results in a particular outcome is sufficiently pressing and substantial to warrant the violation of a *Charter* right.

There also are difficulties associated with the government’s submission that a majority government that has aggregated preferences on a national scale is the only form of viable government in our system of democracy. Between 1882 and 1983 there were nine minority governments in the British Parliament. In Canada, there have been eight minority federal governments and a number of provincial minority governments. The Attorney General of Canada has presented no evidence that demonstrates that such governments are less democratic than majority governments, or that they provided less effective governance than majority governments. Importantly, I do not mean to suggest that Parliament must choose an electoral system that the Court believes will result in “good” or “better” governance. The *Charter* aside, the choice among electoral processes is, as LeBel J. states, a political one — and not one in which the Court should involve itself. But if Parliament interferes with the right of each citizen to play a meaningful role in that process, it must be able to point to a pressing and substantial objective that it seeks to advance. In the absence of compelling reason to assert that a particular outcome will result in better governance, there is no basis on which to conclude that legislation that seeks to obtain that outcome advances an objective that is sufficiently pressing and substantial to warrant interfering with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process.

la loi contestée ne doit pas être « contraire » aux principes qui constituent l’essence même d’une société libre et démocratique. L’adoption d’une loi dans le but exprès de réduire les chances qu’une certaine catégorie de candidats se fasse élire est non seulement contraire aux principes d’une société libre et démocratique, mais elle constitue l’antithèse de ces principes. Par conséquent, il est difficile d’admettre qu’un objectif consistant à faire en sorte que le processus électoral aboutisse à un résultat donné puisse être un objectif suffisamment urgent et réel pour justifier la violation de la *Charte*.

N’est pas également sans soulever de difficultés la prétention de l’intimé selon laquelle un gouvernement majoritaire ayant agrégé les préférences des citoyens à l’échelle nationale constitue la seule forme de gouvernement viable dans notre système de démocratie. De 1882 à 1983, le parlement britannique a connu neuf gouvernements minoritaires. Au Canada, il y a eu huit gouvernements minoritaires au fédéral et quelques-uns à l’échelle provinciale. Le procureur général du Canada n’a présenté aucun élément de preuve indiquant que les gouvernements minoritaires sont moins démocratiques que les gouvernements majoritaires ou que les premiers gouvernent moins efficacement que les seconds. Je tiens toutefois à souligner que je ne veux pas dire par là que le législateur doit opter pour un système électoral qui, selon notre Cour, permettra l’élection d’un « bon » ou d’un « meilleur » gouvernement. Abstraction faite de la *Charte*, le choix d’un processus électoral donné est, comme le dit le juge LeBel, une décision politique — à l’égard de laquelle notre Cour ne doit pas intervenir. Mais lorsque le législateur porte atteinte au droit de chaque citoyen de jouer un rôle significatif dans ce processus, il doit être en mesure de préciser l’objectif urgent et réel qu’il cherche à favoriser. En l’absence de motifs impérieux de soutenir qu’un résultat particulier donnera lieu à l’élection d’un meilleur gouvernement, rien ne permet de conclure que la loi visant à obtenir ce résultat favorise la réalisation d’un objectif suffisamment urgent et réel pour justifier une atteinte au droit de chaque citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral.

82 At the same time, one can point to arguments to state that there are collective benefits associated with majority governments. For example, it is possible that the continuity and stability associated with majority governments results in better governance. The increased ease with which majority governments are able to implement policy might ensure that such governments are able to advance their objectives more effectively than a coalition, again resulting in better governance. This is sometimes argued to be a benefit of the Westminster model of parliamentary democracy, reflected in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, giving Canada “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”. It also is possible that there are benefits associated with factors unique to the Canadian political landscape. Or perhaps it is simply that this is a system that Canadians have grown accustomed to — and that there exists an inverse relationship between public confidence in government and the fragmentation of Parliament. Accordingly, even if the election of a strong national government is not the only viable outcome of the electoral process, it at least is possible that there are certain benefits associated with the formation of a majority government that has aggregated preferences on a national basis.

83 But even if I were willing to accept that the collective benefits associated with the formation of a majority government are of sufficient magnitude to warrant interference with the right of each to play a meaningful role in the electoral process, serious difficulties remain. For the reasons discussed below, I conclude that the legislation fails the proportionality branch of the *Oakes* test. As a consequence, I believe it prudent to leave the question of whether majority building is a pressing and substantial objective unanswered at this time. Even if there are conceptual difficulties associated with the objective of ensuring that the electoral process results in a particular outcome, I would not want to foreclose the possibility that the government might be able to demonstrate that there is a reasonable basis for its belief that

Toutefois, il est toujours possible de faire valoir qu'il existe, globalement, des avantages à l'élection de gouvernements majoritaires. Par exemple, il est possible que la continuité et la stabilité associées à de tels gouvernements se traduisent par une meilleure administration. Le fait qu'il soit plus facile aux gouvernements majoritaires de mettre en œuvre leurs politiques peut avoir pour effet que ces gouvernements soient à même de réaliser plus efficacement leurs objectifs que les gouvernements de coalition, autre facteur entraînant une meilleure administration. On plaide parfois qu'il s'agit d'un avantage du modèle de démocratie parlementaire du Parlement de Westminster, évoqué dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui dote le Canada d'« une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». Il se peut également que certains avantages tiennent à des facteurs uniques à l'environnement politique canadien. Ou peut-être est-ce simplement qu'il s'agit d'un système auquel les Canadiens se sont habitués — et que la confiance du public dans le gouvernement est inversement proportionnelle à la fragmentation du Parlement. Par conséquent, même si l'élection d'un gouvernement national fort n'est pas le seul résultat viable du processus électoral, il est à tout le moins possible que certains avantages découlent de la formation d'un gouvernement majoritaire ayant agrégé les préférences à l'échelle nationale.

Toutefois, même si j'étais disposé à reconnaître que les avantages globaux associés à la formation d'un gouvernement majoritaire sont suffisamment importants pour justifier une atteinte au droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, de sérieuses difficultés demeurent. Pour les raisons exposées précédemment, je conclus que les dispositions législatives contestées ne respectent pas l'aspect proportionnalité du critère établi dans *Oakes*. En conséquence, j'estime prudent de ne pas répondre en l'espèce à la question de savoir si l'élection d'un gouvernement majoritaire est un objectif urgent et réel. Même si l'objectif qui consisterait à faire en sorte que le processus électoral aboutisse à un résultat donné soulève des difficultés d'ordre conceptuel, je n'écarte pas entièrement la possibilité que l'État puisse établir que sa thèse selon laquelle

majority governments are more effective than minority governments.

In respect of the proportionality branch of the *Oakes* test, the first question to be determined is whether the 50-candidate threshold is rationally connected to the stated objective. On its face, it would appear that the legislation is rationally connected to the objective of majority building. After all, a large part of the reason that it was found to violate s. 3 is that it creates a competitive advantage for parties with a broad geographical base of support. Common sense would seem to suggest that legislation that makes it difficult for regional or marginal parties to garner support and to build political momentum is rationally connected to the objective of increasing the likelihood of a majority government.

Importantly, there exists no evidence that the 50-candidate threshold is a cause of this phenomenon. It is equally possible, if not more so, that most voters do not feel that their interests are reflected in the platforms of non-registered political parties, or would prefer to cast a vote for a political party that has a genuine opportunity of winning a substantial number of seats in Parliament. Indeed, it seems unlikely that removing the threshold requirement would have a significant impact, if it would have any impact at all, on the likelihood that the electoral process will result in the election of a majority government, either now or at any time in the foreseeable future. The more likely threat to majority governments is not the participation of regional or marginal parties that have failed to satisfy the 50-candidate threshold, but, rather, the proliferation of registered political parties generally. The *Elections Act*, however, imposes no limit on the number of political parties that qualify for registered party status.

Absent any evidence that the full participation of political parties that fail to satisfy the 50-candidate threshold would, in fact, decrease the likelihood that

des gouvernements majoritaires sont plus efficaces que des gouvernements minoritaires reposent sur des fondements raisonnables.

Relativement au volet proportionnalité du critère établi dans *Oakes*, il faut d'abord déterminer si le critère des 50 candidatures a un lien rationnel avec l'objectif avancé. À première vue, les dispositions législatives en cause semblent avoir un lien rationnel avec l'objectif qui consiste à élire des gouvernements majoritaires. Après tout, la raison pour laquelle il a été jugé que ces dispositions violent l'art. 3 est dans une large mesure le fait qu'elles confèrent un avantage aux parties disposant de larges appuis sur le plan géographique. La logique semble indiquer qu'un texte de loi qui rend difficile pour les partis régionaux ou marginaux la tâche de recueillir des appuis et de gagner du terrain politiquement a un lien rationnel avec l'objectif qui consiste à accroître la probabilité que le gouvernement élu soit majoritaire.

Facteur important, il n'y a aucune preuve que le critère des 50 candidatures contribue à cette situation. Il est tout aussi possible, voire probable, que la plupart des électeurs estiment que les programmes des partis politiques non enregistrés ne tiennent pas compte de leurs intérêts ou qu'ils préfèrent voter pour un parti qui possède une possibilité réelle de remporter un nombre important de sièges. De fait, il paraît peu probable que l'élimination du critère des 50 candidatures aurait un effet appréciable, voire quelque effet que ce soit, sur la probabilité que soit élu un gouvernement majoritaire, maintenant ou dans un avenir rapproché. La menace la plus vraisemblable à l'élection de gouvernements majoritaires est non pas la participation au processus électoral des partis qui ne satisfont pas au critère des 50 candidatures, mais plutôt la prolifération des partis politiques enregistrés en général. Toutefois, la *Loi électorale* ne limite d'aucune façon le nombre des partis politiques pouvant obtenir le statut de parti enregistré.

En l'absence de preuve que la participation en tant que parti politique à part entière des partis ne satisfaisant pas au critère des 50 candidatures

⁸⁴

⁸⁵

⁸⁶

the electoral process will result in the formation of a majority government, the threshold requirement cannot reasonably be expected to advance the stated objective. For this reason alone, even if the objective in question was pressing and substantial, the 50-candidate threshold would fail the first branch of the proportionality test, namely, the rational connection test.

87 But even if the respondent could prove that the 50-candidate threshold has a meaningful impact on the likelihood that subsequent elections will result in the election of majority governments, it still would be my conclusion that the legislation fails the third branch of the proportionality test: the proportionate effects test. The government has failed to demonstrate that the salutary benefits of the legislation outweigh its deleterious effects.

88 On the one hand, the deleterious effects associated with this legislation are substantial. As discussed above, this legislation has a significant impact on the capacity of candidates nominated by non-registered political parties to communicate their ideas to the electorate. This, in turn, undermines the capacity of individual citizens to introduce ideas and opinions into the public discourse that the electoral process engenders, and to exercise their right to vote in a manner that accurately reflects their preferences. This, however, is not the only effect of the 50-candidate threshold. If the legislation is, in fact, rationally connected to the stated objective, it must do more than interfere with the right of individual citizens to play a meaningful role in the electoral process in order to obtain this objective: it must interfere to such an extent that it results not only in the election of individual candidates who would not otherwise have been elected, but also in the election of majority governments that would not otherwise have been elected. As noted above, it is difficult to reconcile legislation that seeks to have this effect with the principles that are integral to a free and democratic society. Legislation that violates s. 3 for this purpose does great harm to both

réduirait dans les faits la probabilité que le processus électoral aboutisse à l'élection d'un gouvernement majoritaire, le critère ne peut raisonnablement être considéré comme ayant pour effet de favoriser la réalisation de l'objectif énoncé. Pour ce seul motif, même si l'objectif en question était urgent et réel, le critère des 50 candidatures ne satisferait pas au premier volet du critère de la proportionnalité, savoir celui du lien rationnel.

Cependant, même si l'intimé pouvait établir que le critère des 50 candidatures a un effet concret sur la probabilité que les élections donnent lieu à la formation de gouvernements majoritaires, je conclurais néanmoins que les dispositions législatives contestées ne respectent pas le troisième volet du critère de la proportionnalité, à savoir celui du lien rationnel. Le gouvernement n'a pas démontré que les effets bénéfiques de ces dispositions l'emportent sur leurs effets préjudiciables.

D'une part, les effets préjudiciables des dispositions législatives contestées sont substantiels. Comme nous l'avons vu plus tôt, ces dispositions ont une incidence appréciable sur la capacité des candidats des partis non enregistrés de communiquer leurs idées aux électeurs. Cette situation a à son tour pour effet de réduire la capacité des citoyens d'introduire des idées et des opinions dans le débat public auquel donne lieu le processus électoral et d'exercer leur droit de vote d'une manière qui reflète leurs préférences. Il ne s'agit pas là cependant du seul effet du critère des 50 candidatures. Si les dispositions législatives ont, en fait, un lien rationnel avec l'objectif énoncé, il ne leur suffit pas pour favoriser la réalisation de cet objectif de porter simplement atteinte au droit de chaque citoyen de jouer un rôle significatif dans ce processus électoral. Cette atteinte doit être telle qu'elle entraîne non seulement l'élection de candidats qui, sans elle, ne l'auraient pas été, mais également l'élection de gouvernements majoritaires. Comme il a été indiqué précédemment, il est difficile de concilier des mesures législatives visant à produire cet effet avec les principes fondamentaux d'une société libre et démocratique. Les dispositions législatives qui violent l'art. 3 dans ce but causent un grave préjudice

individual participants and the integrity of the electoral process itself.

Legislation with such harmful effects would be difficult to justify. The government would have to point to salutary benefits that outweigh these very significant deleterious effects. More specifically, it is incumbent on the government to demonstrate, either through evidence or argument, that a majority government is likely to provide substantially better governance than a minority government. The government has failed to satisfy this burden. The government has not advanced sufficient evidence to demonstrate that the election of a majority government would result in benefits that outweigh the deleterious effects associated with legislation that violates s. 3 for the purpose of ensuring that the electoral process results in the election of a government that would not otherwise be elected. Nor has it provided a reasoned basis on which to conclude that this is the case. In the absence of either evidence or argument to this effect, it is impossible to conclude that the legislation is justifiable in a free and democratic society.

VI. Disposition

In the final analysis, I conclude both that the 50-candidate threshold is inconsistent with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process, and that the government has failed to justify this violation.

However, before I dispose of this appeal I think it important to stress that this decision does not stand for the proposition that the differential treatment of political parties will always constitute a violation of s. 3. Nor does it stand for the proposition that an infringement of s. 3 arising from the differential treatment of political parties could never be justified. Consequently, although the disposition of this case will have an impact on sections of the *Elections Act* that provide access to free broadcast time, the right to purchase reserved broadcast time, and the right to partial reimbursement of election

à la fois aux participants du processus électoral et à l'intégrité du processus lui-même.

Des dispositions produisant des effets aussi préjudiciables seraient difficiles à justifier. L'État devrait faire état d'effets bénéfiques l'emportant sur ces effets préjudiciables très sérieux. Plus particulièrement, il appartient à l'État d'établir, au moyen d'éléments de preuve ou d'arguments, que l'élection d'un gouvernement majoritaire est de nature à assurer une bien meilleure administration du pays que l'élection d'un gouvernement minoritaire. L'État ne s'est pas acquitté de ce fardeau de preuve. Il n'a pas apporté suffisamment d'éléments de preuve établissant que l'élection d'un gouvernement majoritaire aura des avantages qui feront plus que compenser les effets préjudiciables découlant des dispositions législatives qui violent l'art. 3 dans le but de garantir que le processus électoral aboutisse à l'élection d'un gouvernement qui ne serait pas élu sans cette violation. Il n'a pas avancé non plus d'arguments permettant de conclure en ce sens. En l'absence d'éléments de preuve ou d'arguments étayant cette thèse, il est impossible de conclure que les dispositions législatives contestées sont justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique.

VI. Dispositif

En dernière analyse, j'estime que le critère des 50 candidatures est incompatible avec le droit de chaque citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, et que l'État n'a pas justifié la violation de ce droit.

Toutefois, avant de trancher le pourvoi, je considère important de souligner que la présente décision ne signifie pas que le fait de réservé un traitement différent à certains partis politiques entraînera dans tous les cas une violation de l'art. 3. Elle ne signifie pas non plus qu'il ne sera jamais possible de justifier une violation de l'art. 3 découlant d'un tel traitement distinct. Par conséquent, quoique la présente décision ait une incidence sur les articles de la *Loi électorale* donnant droit à du temps d'antenne gratuit, permettant d'acheter le temps d'antenne réservé et accordant le droit au remboursement partiel des

expenses upon receiving a certain percentage of the vote, I express no opinion as to the constitutionality of legislation that restricts access to those benefits. It is possible that it would be necessary to consider factors that have not been addressed in this appeal in order to determine the constitutionality of restricting access to those benefits.

92 In addition, the question also arises as to the number of candidates required to justify restricting access to the three benefits discussed in these reasons. The thrust of the reasons is that no threshold requirement is acceptable. However, I note the recent amendment to the *Elections Act* that reduces the threshold requirement in respect of the right of candidates to list their party affiliation on the ballot papers: S.C. 2001, c. 21, s. 12. Pursuant to this amendment, a political party need only nominate 12 candidates in order for its nominees to obtain the right to include their party affiliation on the ballots. Obviously, the constitutionality of the amended provision is not currently before the Court. It may well be that the government will be able to advance other objectives that justify a 12-candidate threshold. But suffice it to say, the objectives advanced do not justify a threshold requirement of any sort, let alone a 50-candidate threshold.

93 In the result, the appeal is allowed with costs and ss. 24(2), 24(3) and 28(2) of the *Elections Act* are declared unconstitutional. The declaration of unconstitutionality is suspended for 12 months in order to enable the government to comply with these reasons.

94 The constitutional questions are answered as follows:

1. Do ss. 24(3)(a) and 28(2) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2 (now ss. 370(1) and 385, S.C. 2000, c. 9) limit the s. 3 *Canadian Charter of Rights and Freedoms* rights of candidates or supporters of non-registered political parties by requiring that, in order to become and remain a registered political party, a party must nominate candidates in

dépenses électorales moyennant l'obtention d'un pourcentage donné des votes, je ne me prononce pas sur la constitutionnalité des dispositions refusant ces avantages. Pour statuer sur cette question, il pourrait être nécessaire de considérer des facteurs qui n'ont pas été examinés dans le présent pourvoi.

Se pose en outre la question du nombre de candidats en deçà duquel il serait justifié de refuser les trois avantages discutés en l'espèce. Essentiellement, il ressort des présents motifs qu'aucun seuil n'est acceptable. Je tiens toutefois à souligner qu'une modification apportée récemment à la *Loi électorale* abaisse le nombre de candidats qu'un parti doit présenter pour que l'appartenance politique des candidats puisse être inscrite sur les bulletins de vote : L.C. 2001, ch. 21, art. 12. Sous l'effet de cette modification, un parti politique n'est tenu de présenter que 12 candidats pour que ceux-ci puissent préciser leur appartenance politique sur les bulletins de vote. Notre Cour n'est évidemment pas appelée à statuer sur la constitutionnalité de la disposition ainsi modifiée. Il pourrait fort bien arriver que l'État puisse faire valoir d'autres objectifs qui justifieraient l'obligation de présenter au moins 12 candidats. Je me contenterai toutefois de dire que ceux avancés invoqués en l'espèce ne sauraient justifier quelque seuil que ce soit et, a fortiori, un nombre minimal de 50 candidatures.

En définitive, le pourvoi est accueilli avec dépens et les par. 24(2), 24(3) et 28(2) de la *Loi électorale* sont déclarés inconstitutionnels. L'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité est suspendu pendant 12 mois afin de permettre au gouvernement de se conformer aux présents motifs.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. Est-ce que l'al. 24(3)a) et le par. 28(2) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2 (maintenant le par. 370(1) et l'art. 385 respectivement de L.C. 2000, ch. 9) limitent les droits garantis par l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux candidats ou partisans des partis politiques non enregistrés du fait que, suivant ces

at least 50 electoral districts in each general election?

Answer: Yes.

2. If the answer to Question 1 is in the affirmative, is this limitation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No.

3. Do ss. 24(3)(a) and 28(2) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2 (now ss. 370(1) and 385, S.C. 2000, c. 9) limit the s. 15(1) *Charter* rights of candidates or supporters of non-registered political parties by requiring that, in order to become and remain a registered political party, a party must nominate candidates in at least 50 electoral districts in each general election?

Answer: It is not necessary to answer this question.

4. If the answer to Question 3 is in the affirmative, is this limitation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

5. Do ss. 24(3)(a) and 28(2) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2 (now ss. 370(1) and 385, S.C. 2000, c. 9) limit the s. 2(d) *Charter* rights of candidates or supporters of non-registered political parties by requiring that, in order to become and remain a registered political party, a party must nominate candidates in at least 50 electoral districts in each general election?

Answer: It is not necessary to answer this question.

6. If the answer to Question 5 is in the affirmative, is this limitation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

dispositions, un parti doit présenter un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales à chaque élection générale pour devenir un parti politique enregistré et le rester?

Réponse : Oui.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, cette limite est-elle, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Réponse : Non.

3. Est-ce que l'al. 24(3)a) et le par. 28(2) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2 (maintenant le par. 370(1) et l'art. 385 respectivement de L.C. 2000, ch. 9) limitent les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte* aux candidats ou partisans des partis politiques non enregistrés du fait que, suivant ces dispositions, un parti doit présenter un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales à chaque élection générale pour devenir un parti politique enregistré et le rester?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, cette limite est-elle, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. Est-ce que l'al. 24(3)a) et le par. 28(2) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2 (maintenant le par. 370(1) et l'art. 385 respectivement de L.C. 2000, ch. 9) limitent les droits garantis par l'al. 2d) de la *Charte* aux candidats ou partisans des partis politiques non enregistrés du fait que, suivant ces dispositions, un parti doit présenter un candidat dans au moins 50 circonscriptions électorales à chaque élection générale pour devenir un parti politique enregistré et le rester?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

6. Si la réponse à la question 5 est affirmative, cette limite est-elle, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Answer: It is not necessary to answer this question.

The reasons of Gonthier, LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

95 In this appeal, our Court is called upon to answer important questions about the meaning of the democratic rights enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. We must explore the meaning of “effective representation” for the first time outside the context of electoral boundary-drawing. I agree with much of the majority opinion, including Iacobucci J.’s disposition of the case, the remedy he proposes, and the emphasis on “meaningful participation” as a core value that determines the content of s. 3 of the *Charter*. But I must express reservations about the methodology used by my colleague to identify an infringement of s. 3.

96 In my opinion, the sole determinative question at the infringement stage of the analysis cannot be whether the impugned measure “interferes with the capacity of individual citizens to play a meaningful role in the electoral process” (Iacobucci J., at para. 38). Framing the question in this way understates the complexity of effective representation and meaningful participation. Such multifaceted concepts cannot be reduced to the purely individual aspects of political participation, but rather comprise a number of intertwined and often opposed principles. Indeed, as Iacobucci J. himself observes at para. 36, “the mere fact that the legislation . . . restricts the capacity of a citizen to participate in the electoral process” is not enough to establish a violation of s. 3.

97 The proper approach is to apply the analytical template which has emerged from the jurisprudence of this Court and lower courts on electoral

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs des juges Gonthier, LeBel et Deschamps rendus par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, notre Cour doit se prononcer sur d'importantes questions sur le sens des droits démocratiques garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous devons, pour la première fois, examiner ce que l'expression « représentation effective » signifie en dehors du contexte de la délimitation des circonscriptions électorales. Je souscris dans une large mesure à l'opinion des juges majoritaires, notamment au dispositif du juge Iacobucci, à la réparation qu'il propose et à l'accent mis sur la notion de « participation utile » au processus démocratique comme valeur fondamentale servant à déterminer le contenu de l'art. 3 de la *Charte*. Toutefois, je tiens à exprimer des réserves concernant la méthodologie utilisée par mon collègue pour statuer sur l'existence de la violation de l'art. 3.

À mon avis, la question déterminante dans le volet de l'analyse relatif à l'atteinte ne saurait se limiter à se demander si la mesure contestée « empêche les citoyens de jouer individuellement un rôle significatif dans le processus électoral » (le juge Iacobucci, par. 38). Formulée ainsi, la question minimise la complexité des notions de représentation effective et de participation utile. Ces concepts aux multiples facettes ne peuvent se réduire aux aspects purement individualistes de la participation politique; ils comprennent plutôt de nombreux principes étroitement liés et souvent opposés. D'ailleurs, le juge Iacobucci lui-même indique, au par. 36, que « le seul fait qu'une disposition législative [. . .] limite la participation du citoyen au processus électoral » ne suffit pas pour établir qu'il y a violation de l'art. 3.

La démarche appropriée consiste à appliquer le modèle analytique qui se dégage de la jurisprudence de notre Cour et des tribunaux inférieurs en matière

boundaries. The methodology developed in the electoral boundaries cases recognizes that the right to vote comprises many factors, and that its content can only be defined through a contextual and historical analysis.

Applying that contextual and historical approach to the facts of this case leads to the conclusion that the legislation does further significant democratic values. The challenged provisions form part of the scheme in the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2, for the formal legal recognition and regulation of political parties. This scheme enhances the effectiveness of the party system which, in turn, is an important component of our democratic form of government. The requirement of nominating 50 candidates tends to benefit parties with a broad appeal, thus encouraging cohesiveness and the aggregation of political will. The importance of these values, deeply rooted as they are in Canadian political culture, is evidenced by their place in our history and existing institutions.

In principle, the values enhanced by the impugned measures could be furthered at the price of compromising individual participation to a certain extent. In this case, however, the legislation goes too far in creating unfairness both as between individual voters and as between different regions of the country. Ultimately, the challenged provisions conflict with the right to meaningful participation and are inconsistent with s. 3. But, before setting out my reasons for reaching that conclusion, I must first turn to the definition of the central issue at stake in this appeal, the definition of meaningful participation.

II. Analysis

A. *The Central Issue: The Definition of "Meaningful Participation"*

I agree with Iacobucci J. that s. 3 gives every Canadian citizen the right to meaningful participation

de circonscriptions électorales. La méthodologie développée dans ces affaires reconnaît que le droit de vote comprend de nombreux facteurs et que seule une analyse contextuelle et historique permet de préciser le contenu de ce droit.

L'application de cette démarche contextuelle et historique aux faits de l'espèce amène à conclure que les dispositions législatives contestées favorisent le respect d'importantes valeurs démocratiques. Ces dispositions font partie du régime de réglementation et de reconnaissance juridique formelle des partis politiques prévu par la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2. Ce régime accroît l'efficacité du système de partis politiques, lequel constitue à son tour une composante importante de notre forme démocratique de gouvernement. L'obligation de présenter un minimum de 50 candidats tend à avantager les partis bénéficiant de larges appuis, ce qui favorise la cohésion et l'agréation de la volonté politique. L'importance de ces valeurs, si profondément enracinées dans notre culture politique canadienne, ressort de la place qu'elles occupent dans notre histoire et dans nos institutions actuelles.

En principe, les valeurs renforcées par les dispositions contestées pourraient être favorisées au détriment, dans une certaine mesure, de la participation individuelle. En l'espèce, toutefois, les dispositions législatives vont trop loin parce qu'elles créent de l'injustice tant entre les électeurs qu'entre les différentes régions du pays. Au bout du compte, les dispositions contestées entrent en conflit avec le droit de participer utilement au processus démocratique et sont incompatibles avec l'art. 3. Cependant, avant d'exposer les motifs qui m'amènent à cette conclusion, je dois d'abord définir la principale question en jeu dans le présent pourvoi, à savoir la notion de participation utile au processus démocratique.

II. L'analyse

A. *La question principale : la définition de « participation utile » au processus démocratique*

À l'instar du juge Iacobucci, j'estime que l'art. 3 donne à tout citoyen canadien le droit de

98

99

100

in free and fair elections. Without such a right, no genuinely democratic system of government can be set up or endure. Citizens' political choices cannot be effectively represented unless they have the opportunity to participate in the process in a meaningful way. My disagreement with the majority is on how this right to meaningful participation is to be defined.

101 I do not agree with an approach that only takes into account the strictly individual aspects of participation in the political process. While I acknowledge the central importance of individual participation, s. 3 is also inherently concerned with the representation of communities, both the various communities that make up Canadian society and the broader community of all Canadians. Participation in the electoral process typically involves individual citizens acting as members of political groups, and alliances both within and between such groups can render participation more meaningful and result in better representation of communities and of national political preferences. Ignoring these communitarian aspects of s. 3 risks creating a distorted picture of the right.

102 It is important, too, to give due attention to the context within which democratic rights are exercised and to the history of Canadian political institutions. In my view, s. 3 must be interpreted in harmony with our political traditions. A purely individualistic approach is difficult to reconcile with the characteristic values of Canadian politics. For this reason, an analysis focussing strictly on the individual aspects of the right appears to depart from the approach this Court adopted in *Reference re Provincial Electoral Boundaries* (Sask.), [1991] 2 S.C.R. 158 ("Saskatchewan Reference"), where the context of our tradition and established political practices was recognized as a source of the meaning of the rights enshrined in s. 3.

participer utilement à des élections libres et équitables. Sans ce droit, aucun système de gouvernement véritablement démocratique ne peut être établi ni durer. Les choix politiques des citoyens ne peuvent être concrétisés que si ces derniers ont la possibilité de participer utilement au processus démocratique. Mon désaccord avec la majorité porte sur la façon de définir ce droit à la participation utile au processus démocratique.

Je ne saurais souscrire à une démarche qui ne tient compte que des aspects strictement individuels de la participation au processus politique. Bien que je reconnaisse l'importance capitale de la participation individuelle, l'art. 3 porte aussi intrinsèquement sur la représentation des collectivités : tant les différentes collectivités qui tissent la société canadienne que la collectivité plus large formée de l'ensemble des Canadiens. La participation au processus électoral suppose en général que des particuliers interviennent à titre de membres de groupes politiques, et les alliances formées à l'intérieur de ces groupes et entre plusieurs groupes peuvent se traduire par une participation plus utile des citoyens et une meilleure représentation des collectivités et des préférences politiques nationales. Ne pas tenir compte des aspects d'ordre collectif de l'art. 3 risque de donner une image déformée du droit de vote.

De plus, il est important d'accorder une attention particulière au contexte dans lequel les droits démocratiques sont exercés, ainsi qu'à l'histoire des institutions politiques canadiennes. À mon avis, l'art. 3 doit recevoir une interprétation qui s'accorde avec nos traditions politiques. Il est difficile de concilier une démarche à caractère purement individualiste avec les valeurs propres à la politique canadienne. Voilà pourquoi une analyse qui se limite strictement aux aspects individuels du droit semble s'éloigner de la démarche adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales* (Sask.), [1991] 2 R.C.S. 158 (« *Renvoi concernant la Saskatchewan* »), où il a été reconnu que le contexte de notre tradition politique et de nos pratiques bien établies en la matière constitue une source où les droits consacrés à l'art. 3 puisent leur sens.

Although each citizen has a right to meaningful participation, not every government measure with an adverse impact on participation renders it meaningless. Legislation may compromise or interfere with individual participation to a certain extent, without necessarily depriving citizens of meaningful representation. (In fact, it is difficult to conceive of an electoral system that does not constrict any citizen's individual participatory freedom in any way at all.) Such compromises may be acceptable if they are necessary for pragmatic reasons or if they serve to further other democratic values, which may be connected to the collective, communitarian or systemic aspects of s. 3. We should give due recognition to the competing values between which the government must choose in designing the electoral system, so as not to imply that it is constitutionally required to maximize one admittedly important value — that of individual participation — alone.

Chaque citoyen a le droit de participer utilement au processus démocratique, mais cette participation ne perd pas son caractère utile chaque fois qu'une mesure gouvernementale a sur elle un effet préjudiciable. Des dispositions législatives peuvent, jusqu'à un certain point, entraver la participation individuelle ou y porter atteinte sans nécessairement empêcher les citoyens de se faire entendre utilement. (En fait, il est difficile d'imaginer un système électoral qui ne restreint pas, de quelque manière que ce soit, la liberté de participation individuelle de tout citoyen.) De tels compromis peuvent être acceptables lorsque leur nécessité se fonde sur des raisons pragmatiques ou lorsqu'on s'en sert pour favoriser d'autres valeurs démocratiques, qui peuvent être liées aux aspects d'ordre collectif, communautaire ou systémique de l'art. 3. Il faut reconnaître comme il se doit les valeurs opposées parmi lesquelles le gouvernement doit choisir pour élaborer le système électoral, de manière à ne pas donner à penser que la Constitution oblige à maximiser une valeur certes importante, savoir la participation individuelle, à l'exclusion de toute autre.

103

B. *The Saskatchewan Reference*

Most of the case law on s. 3 rights to this point has dealt with legislation that directly denies the right to vote to a particular group of people (prison inmates in *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68; mentally incompetent persons in *Canadian Disability Rights Council v. Canada*, [1988] 3 F.C. 622 (T.D.); federally appointed judges in *Muldoon v. Canada*, [1988] 3 F.C. 628 (T.D.); absentee voters in *Re Hoogbruin and Attorney-General of British Columbia* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718 (B.C.C.A.); and persons convicted of offences involving corrupt electoral practices in *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876). The impugned legislation in those cases literally contradicted the language of s. 3, which states that every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein. The question of whether the challenged limitations of those rights were consistent with Canada's democratic values therefore naturally

B. *Le Renvoi concernant la Saskatchewan*

Jusqu'à maintenant, la plupart des arrêts portant sur l'art. 3 concernaient des dispositions législatives qui privaient directement du droit de vote un groupe de personnes en particulier (les détenus dans *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68; les personnes frappées d'incapacité mentale dans *Conseil canadien des droits des personnes handicapées c. Canada*, [1988] 3 C.F. 622 (1^{re} inst.); les juges nommés par le gouvernement fédéral dans *Muldoon c. Canada*, [1988] 3 C.F. 628 (1^{re} inst.); les électeurs absents dans *Re Hoogbruin and Attorney-General of British Columbia* (1985), 24 D.L.R. (4th) 718 (C.A.C.-B.); et les personnes déclarées coupables d'infractions se rapportant à des manœuvres électORALES frauduleuses dans *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876). Dans ces affaires, les dispositions législatives attaquées contrevenaient expressément au texte de l'art. 3, qui dispose que tout citoyen du Canada a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales. Il fallait donc naturellement se demander, au regard de

104

fell to be considered in connection with s. 1 of the *Charter*.

105 Only on one previous occasion has this Court considered a challenge under s. 3 of the *Charter* to legislation that regulated the electoral process without literally denying anyone the right to vote or to be a candidate. That case was the *Saskatchewan Reference*, *supra*. At issue were the electoral boundaries for Saskatchewan's Legislative Assembly, which provided for a prescribed number of rural, northern and urban ridings, and permitted significant disparities between the different types of ridings in the number of voters per district. One northern district had 6,309 voters, while one of the urban districts had 12,567. In effect, a vote in the former district was "worth" about twice as much as a vote in the latter.

106 This Court acknowledged that s. 3 guarantees more than "the bare right to place a ballot in a box", as the present Chief Justice, when she was Chief Justice of the Supreme Court of British Columbia, put it in an earlier case on the issue of electoral boundaries (*Dixon v. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393, at p. 403). For the right to vote to have real substance, it must be exercised in an electoral system that gives genuine meaning to each citizen's vote. Thus the guarantee in s. 3 must implicitly include such basic incidents as the right to cast a vote in private, and the right to have that vote honestly counted and recorded (*Saskatchewan Reference*, *supra*, at p. 165, *per* Cory J., in dissent but not on this point). But it includes more than that. It implies that every Canadian citizen is entitled to "effective representation" through the democratic process. I would add that effective representation can only be achieved if every citizen has the opportunity for meaningful participation in elections.

l'article premier, si les dispositions restreignant ces droits étaient compatibles avec les valeurs démocratiques canadiennes.

Notre Cour n'a été saisie qu'à une seule autre occasion d'une affaire où on contestait, sur le fondement de l'art. 3 de la *Charte*, une disposition législative qui régissait le processus électoral sans priver expressément qui que ce soit du droit de voter ou du droit de présenter sa candidature. Il s'agit du *Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité. On contestait la délimitation des circonscriptions électorales de l'assemblée législative de la Saskatchewan. Cette délimitation fixait un nombre précis de circonscriptions rurales, nordiques et urbaines et créait entre les différents types de circonscription des écarts importants quant au nombre d'électeurs par circonscription. Par exemple, une des circonscriptions du Nord de la province comptait 6 309 électeurs, alors que le nombre de ceux-ci dans une des circonscriptions urbaines atteignait 12 567. En conséquence, dans les faits, un vote dans la première circonscription possédait environ deux fois plus de « poids » qu'un vote dans la seconde.

Notre Cour a reconnu que l'art. 3 garantit davantage que le [TRADUCTION] « simple droit de déposer son bulletin de vote dans l'urne », pour reprendre les propos formulés par l'actuelle Juge en chef de notre Cour lorsqu'elle occupait cette fonction à la Cour suprême de la Colombie-Britannique (*Dixon c. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393, p. 403). Pour prendre tout son sens, le droit de vote doit être exercé dans un système électoral qui accorde une importance réelle au vote de chaque citoyen. En conséquence, la garantie de l'art. 3 inclut nécessairement, de façon implicite, des éléments aussi fondamentaux que le droit au secret du scrutin et le droit à ce que le vote soit honnêtement compté et enregistré (*Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité, p. 165, le juge Cory, dissident mais non sur ce point). Toutefois, cette disposition a une portée plus étendue. En effet, elle suppose que tout citoyen canadien a droit à une « représentation effective » dans le processus démocratique. J'ajouterais que la représentation effective ne se réalise que si chaque citoyen jouit de la possibilité de participer utilement aux élections.

At the heart of the right to vote is the citizen's entitlement to an opportunity to vote in fair elections. As the Court recognized in the *Saskatchewan Reference*, this means that each citizen's vote must be relatively equal in weight to that of every other citizen: "A system which dilutes one citizen's vote unduly as compared with another citizen's vote runs the risk of providing inadequate representation to the citizen whose vote is diluted" (*Saskatchewan Reference, supra*, at p. 183).

Voter parity itself is not, however, the objective of s. 3, but only one of the factors, albeit a factor of primary importance, to be taken into account in determining whether effective representation has been provided. McLachlin J. identified two situations where voter parity might be deviated from without offending s. 3: when pragmatic considerations required such deviation, and when it enabled "the provision of more effective representation" (*Saskatchewan Reference, supra*, at p. 185). She held that effective representation was defined not only by fairness as between individual voters, but also by other democratic values that can be in tension with voter parity — the relevant consideration in that case being the special challenge of ensuring adequate representation of remote and sparsely populated areas. McLachlin J. observed that these countervailing or competing democratic values could include "geography, community history, community interests and minority representation", and that the list was not closed (*Saskatchewan Reference, supra*, at p. 184).

Lower courts have applied the principles set out in the *Saskatchewan Reference* and worked out a sophisticated methodology for evaluating the constitutionality of electoral boundaries: see *MacKinnon v. Prince Edward Island* (1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 232 (P.E.I.S.C.); *Reference re Electoral Boundaries Commission Act (Alberta)* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 210 (C.A.) ("Alberta Reference"); and *Reference re*

107

L'essence même du droit de vote consiste dans la possibilité pour les citoyens de voter dans des élections justes. Comme l'a reconnu notre Cour dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan*, cela signifie que le vote de chaque citoyen doit avoir un poids relativement égal à celui de tous les autres : « Le système qui dilue indûment le vote d'un citoyen comparativement à celui d'un autre, court le risque d'offrir une représentation inadéquate au citoyen dont le vote a été affaibli » (*Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité, p. 183).

108

Toutefois, la parité électorale n'est pas la raison d'être de l'art. 3, mais uniquement l'un des facteurs — quoique d'importance cruciale — dont il faut tenir compte pour décider si une représentation effective est assurée. La juge McLachlin a décrit deux situations dans lesquelles on peut déroger à la parité électorale sans contrevenir à l'art. 3 : lorsque des considérations d'ordre pragmatique exigent une telle dérogation et lorsque que cette dérogation permet d'"assurer une représentation plus effective" (*Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité, p. 185). Elle a conclu que la représentation effective ne se définit pas uniquement par l'équité parmi les électeurs, mais aussi par d'autres valeurs démocratiques susceptibles d'entrer en conflit avec la parité électorale — le problème particulier dans ce cas était d'assurer la représentation adéquate des régions éloignées et à faible densité de population. La juge McLachlin a souligné que ces valeurs démocratiques contraires et opposées pouvaient inclure "les caractéristiques géographiques, l'histoire et les intérêts de la collectivité et la représentation des groupes minoritaires", et que cette liste n'était pas exhaustive (*Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité, p. 184).

109

Des juridictions inférieures ont appliqué les principes énoncés dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan* et élaboré une méthodologie sophistiquée pour évaluer la constitutionnalité de circonscriptions électorales : voir *MacKinnon c. Prince Edward Island* (1993), 104 Nfld. & P.E.I.R. 232 (C.S.Î.-P.-É.); *Reference re Electoral Boundaries Commission Act (Alberta)* (1991), 83

Electoral Divisions Statutes Amendment Act, 1993 (Alberta) (1994), 24 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.). Courts have commented on the complexity of the task, one which involves reconciling democratic values that exist in tension with and sometimes directly contradict each other.

- 110 In the *Alberta Reference*, *supra*, for example, the Alberta Court of Appeal observed, at p. 216, that “the factors made relevant by the principles of parity and effective representation are both complicated and conflicting, and this mandates some balancing”. The statute which was the subject of the reference aimed to avoid a rigid division between urban and rural areas. The legislative committee that recommended this approach thought that such divisions encouraged urban and rural voters to pursue their interests as adversarial factions. The Court of Appeal remarked that this situation illustrated the difficulty of the concept of effective representation. While ensuring that minorities have an effective voice is an important democratic value, so is the building of broadly based consensus. As the court explained, at p. 216:

If every group in society with a community of interest can elect its own member of the Legislature, they may not be encouraged to develop the mutual understanding and respect that is essential to a healthy democratic life. Shared representation might encourage mutual respect, just as it might also permit the repression of the voice of those who become permanent minorities.

C. Saskatchewan Reference Principles in the Context of this Case

- 111 In this case, our Court must once again assess legislation that affects the exercise of democratic rights without literally denying them, but for the first time in a context outside the now relatively well-charted terrain of electoral boundaries. Here, the context is the regulation of political parties and the system of

Alta. L.R. (2d) 210 (C.A.) (« *Renvoi concernant l'Alberta* »); et *Reference re Electoral Divisions Statutes Amendment Act, 1993 (Alberta)* (1994), 24 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.). Les tribunaux ont commenté la complexité de cette tâche. Celle-ci, en effet, requiert la conciliation de valeurs démocratiques, qui coexistent en état de tension et même, parfois, s’opposent directement.

Par exemple, dans le *Renvoi concernant l'Alberta*, précité, la Cour d’appel de cette province a fait observer, à la p. 216, que [TRADUCTION] « les facteurs pertinents pour l’application des principes de parité et de représentation effective sont à la fois complexes et contradictoires, situation qui exige une certaine conciliation ». La loi en cause dans ce renvoi visait à éviter l’établissement de divisions rigides entre les régions urbaines et rurales. Le comité législatif qui a recommandé cette approche croyait que de telles divisions incitaient les électeurs des régions urbaines et rurales à défendre leurs intérêts en se considérant comme des adversaires. La Cour d’appel a signalé que cette situation illustrait la difficulté de l’application de la notion de représentation effective. Le fait de garantir aux minorités la possibilité de se faire entendre de manière effective est certes une valeur démocratique importante, mais l’établissement d’un large consensus l’est tout autant. La cour a donné l’explication suivante de cette difficulté, à la p. 216 :

[TRADUCTION] Si chaque groupe de la société qui possède des intérêts communs a la possibilité d’élire son propre député, les membres de ces groupes pourraient ne pas être incités à développer la compréhension et le respect mutuels essentiels à une saine vie démocratique. Le fait de partager des représentants peut favoriser le respect mutuel, tout comme il peut étouffer la voix de ceux qui deviennent des minorités permanentes.

C. L’application du Renvoi concernant la Saskatchewan au présent pourvoi

Dans le présent pourvoi, notre Cour est à nouveau appelée à examiner des dispositions législatives qui affectent l’exercice des droits démocratiques sans les refuser expressément. Pour la première fois, cependant, elle doit le faire en dehors du contexte bien balisé de la délimitation des circonscriptions

privileges and obligations that parties are subject to in our electoral system.

The case raises some complex issues that are absent from the electoral boundaries context. The direct effect of regulation of political parties is felt by the parties themselves and by their candidates for elective office. In this manner, this appeal engages the second right set out in s. 3, the right to be qualified for membership in Parliament or a legislative assembly (or, more simply, the right to be a candidate). The right to vote is also at play because, as an indirect consequence of the unequal treatment of parties, their supporters are treated unequally. Since an incentive to support registered parties also penalizes supporting unregistered ones, the impugned legislation constrains voters' freedom in choosing which party to support.

The key value on which this constitutional challenge is based is not equality of voting power *per se*, but fair and even-handed treatment of the political parties that compete for votes. The questions we must resolve therefore go beyond those we have already addressed in the *Saskatchewan Reference*. Nevertheless they remain closely related. As mentioned above, the *Saskatchewan Reference* provides a template for constitutional analysis that can be applied to the issues raised by this appeal.

The *Saskatchewan Reference* stands for the proposition that adverse effects on the capacity of an individual citizen to participate are not equivalent, in and of themselves, to a denial of meaningful participation or effective representation. In order to determine whether such measures conflict with s. 3, their nature must be identified and their impact must be weighed in the full context of the political system.

Dilution of some citizens' voting power as compared to that of others clearly has an adverse effect

électorales. En l'espèce, le contexte pertinent se trouve celui de la réglementation des partis politiques et du système de priviléges et d'obligations régissant ces derniers dans notre système électoral.

L'affaire soulève des questions complexes, qui ne se posent pas dans le contexte de la délimitation des circonscriptions électoralles. Les partis politiques et leurs candidats ressentent l'effet direct de la réglementation des partis. Ainsi, le présent pourvoi fait intervenir le deuxième droit énoncé à l'art. 3, soit l'éligibilité aux élections législatives fédérales ou provinciales (ou, plus simplement, le droit de se porter candidat). Le droit de vote est également en cause, puisque l'inégalité du traitement réservé aux partis politiques signifie que leurs partisans eux aussi sont indirectement traités de manière inégale. Parce qu'une mesure incitant les électeurs à appuyer les partis enregistrés décourage de ce fait l'appui aux partis non enregistrés, les dispositions législatives contestées restreignent la liberté qu'ont les électeurs de choisir à quel parti donner leur appui.

La valeur essentielle sur laquelle repose la présente contestation constitutionnelle n'est pas l'égalité du vote de chaque électeur en soi, mais plutôt le traitement égal et juste des partis politiques qui se disputent ces votes. La portée des questions que nous devons trancher dépasse donc considérablement celle des problèmes déjà examinés par notre Cour dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan*. Ces questions demeurent néanmoins étroitement liées. En effet, comme je l'ai mentionné plus tôt, cet arrêt fournit un modèle d'analyse constitutionnelle qui peut être appliqué aux questions soulevées dans le présent pourvoi.

L'arrêt *Renvoi concernant la Saskatchewan* étaye la thèse selon laquelle la seule existence d'effets préjudiciables à la capacité d'un particulier de participer au processus démocratique ne revient pas à lui refuser la participation utile à ce processus ou la représentation effective. Pour décider si de telles mesures entrent en conflit avec l'art. 3, il faut préciser leur nature et apprécier leurs effets dans le contexte global du système politique.

La réduction du poids relatif du vote de certains citoyens par rapport au poids du vote des autres

on the capacity of the disadvantaged citizens to participate in the political process. It does not prevent them from participating altogether, but it does impose a handicap on them. It is true, as my colleague points out, that the boundary drawing discussed in the *Saskatchewan Reference* enhanced the effective representation and the participatory rights of some citizens, those who belonged to remote, geographically defined or minority communities. But this arrangement also discounted the weight of urban citizens' votes in comparison to those of rural and northern citizens, and in that sense it interfered with the capacity of urban voters to participate.

116 It may be more precise to say that the electoral boundaries in the *Saskatchewan Reference* diminished one aspect of effective representation — the representation of the urban voter as a single individual who should count equally with every other individual voter. On the other hand, because they enhanced another aspect of the effective representation of the northern voter, they resulted in more effective representation of that person as a member of a northern community. Without such measures, the northern voter's community identity would be underrepresented as compared to the city dweller's community identity, because force of numbers might drown out the interests of the numerically smaller community. Yet the two individuals would be more fairly represented, viewed as isolated individuals rather than as members of their respective communities, if their votes "counted" equally.

117 This Court recognized in the *Saskatchewan Reference* that some diminution of one aspect of effective representation (parity) can ultimately result in the provision of more effective representation. This acknowledgement suggests that effective representation is not reducible to any single value,

entraîne manifestement un effet préjudiciable sur la capacité des citoyens qui sont victimes de ce désavantage de participer au processus politique. Il ne les empêche pas entièrement d'y participer, mais il leur impose un désavantage. Il est vrai, comme le souligne mon collègue, que la délimitation des circonscriptions examinée dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan* favorisait la représentation effective ainsi que les droits de participation de certains citoyens, en l'occurrence ceux habitant des collectivités situées dans des régions éloignées ou des limites géographiques précises et ceux appartenant à des collectivités minoritaires. Toutefois, ces mesures réduisaient le poids du vote des citoyens des circonscriptions urbaines par rapport à celui des électeurs des circonscriptions rurales ou nordiques et, de ce fait, portaient atteinte à la capacité des premiers de participer au processus démocratique.

Il serait en conséquence préférable de préciser que la délimitation des circonscriptions électorales en cause dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan* portait atteinte à un aspect de la représentation effective — soit la représentation de l'électeur urbain considéré en tant que citoyen dont le vote est censé avoir la même importance que celui de tout autre électeur. Par contre, parce qu'elles favorisaient un autre aspect de la représentation effective de l'électeur habitant en région nordique, cette délimitation permettait à cette personne de jouir d'une représentation plus effective en tant que membre d'une telle collectivité. En l'absence de mesures de cette nature, l'identité collective des électeurs des régions nordiques serait sous-représentée comparativement à celle des électeurs urbains, parce que la loi du nombre pourrait étouffer les intérêts de la collectivité la moins populeuse. Pourtant, considérées comme des individus plutôt que comme des membres de leur collectivité respective, ces deux personnes seraient plus équitablement représentées si le vote de chacune d'elles avait le même « poids ».

Dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan*, notre Cour a reconnu que l'affaiblissement d'un aspect de la représentation effective (parité) peut en définitive se traduire par une représentation plus effective. La reconnaissance de cet aspect de la question tend à indiquer que la représentation

but consists of many different components. Citizens may make political choices that represent their interests as individuals, or they may attach more importance to being represented as members of communities of interest both narrow and broad. The constitutional obligation to ensure that this complex matrix of interests is represented effectively allows for a fairly wide range of alternatives, each combining or prioritizing the various elements at play in a different way. For example, if a province were to design its electoral districts to be as close to numerical equality as practically possible, this arrangement might (depending on the particular facts and context) be just as acceptable in terms of s. 3 as an electoral map designed to enhance the voting power of minority communities.

The concept of meaningful participation, like effective representation, comprises a number of different aspects. It can be just as meaningful — sometimes, perhaps, more so — to participate as a member of a community or a group (such as a political party) as it is to participate as an individual, and enhancing opportunities for the first kind of participation almost unavoidably entails some cost in terms of purely individualistic participatory values. The design of the electoral system involves striking an appropriate balance between the many different virtues that democratic systems can possess. Such choices are based on political value judgments which are the prerogative of the legislature, to the extent that they do not result in a denial of the opportunity for meaningful participation.

In order to identify such a denial, we must look at more than just the fact that there has been an adverse impact on a particular individual's capacity to participate. We must assess the severity of the impact, and make sure there is a good reason for it — a good reason being one related to pragmatic exigencies, to the enhancement of other aspects of political participation, or to the overall provision of more effective

effective ne peut se réduire à une seule valeur, mais qu'au contraire elle se compose de différents éléments. Les citoyens peuvent faire des choix politiques qui correspondent à leurs intérêts en tant qu'individus, ou ils peuvent considérer plus important d'être représentés en tant que membres d'une communauté partageant des intérêts, communauté qui peut être étendue ou restreinte. L'obligation constitutionnelle d'assurer la représentation effective de cette complexe mosaïque d'intérêts peut être respectée au moyen d'un éventail assez large de solutions, qui organiseront chacune les divers éléments en jeu selon différentes combinaisons ou priorités. Par exemple, si une province découpe ses circonscriptions électorales pour qu'elles comptent un nombre aussi égal que possible d'électeurs, cet arrangement pourrait (selon le contexte et les faits du litige) s'avérer tout aussi acceptable au regard de l'art. 3 qu'une carte électorale conçue pour accroître le pouvoir électoral des collectivités minoritaires.

118

La notion de participation utile au processus démocratique, tout comme celle de représentation effective, comporte un certain nombre d'aspects. La participation en tant que membre d'une collectivité ou d'un groupe (un parti politique par exemple) peut être aussi utile — parfois même davantage peut-être — que la participation en tant qu'individu, et l'accroissement des possibilités de participation du premier type se fait presque inévitablement au détriment des valeurs liées à la participation purement individuelle. On cherche, dans la conception du système électoral, à établir un équilibre approprié entre les nombreuses vertus que peuvent posséder les régimes démocratiques. De tels choix reposent sur des jugements de valeur politiques, décisions qui sont la prérogative du législateur, dans la mesure où elles n'ont pas pour effet de nier la possibilité de participer utilement au processus démocratique.

119

Afin de déterminer s'il y a eu atteinte, il ne faut pas s'attacher au seul fait que la capacité d'une personne donnée de participer au processus électoral a subi des effets préjudiciables. Nous devons apprécier la gravité de ces effets et nous assurer qu'ils reposent sur un motif valable — c'est-à-dire lié à des exigences d'ordre pragmatique, au renforcement d'autres aspects de la participation politique

representation. The question is not whether there is any dilution at all of the individual citizen's capacity to participate, but whether there is undue dilution. Undue dilution occurs when the impugned measure, considered in context and taking into account its effect on all aspects of participation, so constricts an individual citizen's opportunity to make free choices or to compete fairly in the political process that he or she no longer has a meaningful opportunity to participate.

D. *Competing Values and Proportional Analysis Within Section 3*

120 I am in complete agreement with Iacobucci J. that the impugned provisions of the *Canada Elections Act* interfere with the capacity of certain citizens to participate in the electoral process. The provisions at issue in this appeal confer benefits on parties that meet specified criteria, among them the requirement that they nominate candidates in at least 50 ridings. While the primary intention may be to enhance the effectiveness of registered parties to convey their message to the electorate and to represent their supporters' views, I agree with my colleague's reasoning that an inevitable consequence is to diminish the capacity of parties that fail to meet the threshold to do the same things. As Iacobucci J. explains, the reason for this is the competitive nature of elections. A measure designed to give certain players an advantage in the game necessarily imposes a disadvantage on the others; these two propositions are two sides of the same coin.

121 But the infringement analysis should not stop here. In my view, the unequal competitive position of parties under the 50-candidate rule is analogous to the unequal voting power of voters in numerically uneven districts. Having established the existence of an adverse impact on certain participants, we must go on to examine its severity and the reason for it.

ou à l'établissement en général d'une représentation plus effective. La question n'est pas de savoir si la capacité de participation du citoyen visé a été affaiblie de quelque manière que ce soit, mais de savoir si l'affaiblissement est déraisonnable. Un affaiblissement déraisonnable survient lorsque la mesure contestée, considérée dans son contexte et compte tenu de son effet sur tous les aspects de la participation, restreint à tel point la possibilité de ce citoyen de choisir librement ou de participer à une bataille équitable dans le processus politique qu'il ne conserve plus vraiment la possibilité de participer utilement au processus démocratique.

D. *Valeurs opposées et analyse fondée sur la proportionnalité dans le contexte de l'art. 3*

Je souscris entièrement à l'opinion du juge Iacobucci selon laquelle les dispositions contestées de la *Loi électorale du Canada* portent atteinte à la capacité de certains citoyens de participer au processus électoral. Les dispositions en cause dans le présent pourvoi accordent des avantages aux partis qui satisfont à certaines conditions, notamment l'obligation de présenter des candidats dans au moins 50 circonscriptions électorales. Bien que l'intention première du législateur puisse être d'aider les partis enregistrés à communiquer efficacement leur message à l'électeurat et à représenter plus efficacement les opinions de leurs partisans, j'accepte le raisonnement de mon collègue selon lequel la mesure diminue inévitablement l'aptitude des partis qui ne satisfont pas au critère des 50 candidatures à atteindre ces mêmes objectifs. Comme l'explique le juge Iacobucci, cette situation s'explique par le caractère compétitif des élections. Une mesure conçue pour accorder un avantage à certains joueurs impose nécessairement un désavantage aux autres; chacune de ces deux constatations découle de l'autre.

Toutefois, l'analyse relative à la violation ne s'arrête pas là. À mon avis, l'inégalité de la position des partis dans la bataille électorale que provoque l'application du critère des 50 candidatures s'apparente à l'inégalité du pouvoir de l'électeurat habitant des circonscriptions ne comptant pas le même nombre d'électeurs. Après avoir établi

All the relevant contextual factors must be taken into account in the determination of whether meaningful participation has been denied.

A full and nuanced inquiry into the meaning of s. 3 and the scope of the protection it provides must, in my opinion, proceed along these lines. With due consideration given to the various competing values within s. 3, the impugned measure should be carefully examined to ascertain whether the balance struck by the state in the particular case is consistent with s. 3 and with the concepts of meaningful participation and effective representation.

Such an inquiry naturally takes the form of a proportionality analysis; it involves identifying how the measure diminishes one or more aspects of participation in the democratic process, and weighing that detrimental effect against its benefits as a means of enhancing other aspects of participation. Because the form of this analysis resembles the framework used in connection with s. 1, it becomes necessary to respond to the assertion (at para. 31 of the majority opinion) that it is inappropriate to balance collective interests against individual rights in identifying an infringement of s. 3.

I agree that any balancing of collective interests against the rights protected by s. 3 should be confined to s. 1, but some form of balancing of competing values, or of proportional assessment, remains appropriate, at this stage of the inquiry into the nature of the protected rights, in defining what those rights are. This step in the analysis is prior to concluding that the individual rights enshrined in s. 3 have been violated. It is only after that question has been answered that the question of balancing collective interests against s. 3 rights arises.

l'existence d'effets préjudiciables à certains participants, nous devons donc maintenant nous interroger sur leur gravité et leur raison d'être. Tous les facteurs contextuels pertinents doivent être pris en compte pour déterminer si on empêche l'intéressé de participer utilement au processus électoral.

¹²² Voici comment j'estime qu'il convient d'effectuer l'analyse complète et nuancée du sens de l'art. 3 et de l'étendue de la protection qu'il garantit. Après avoir dûment tenu compte des diverses valeurs opposées qu'englobe l'art. 3, il faut examiner soigneusement la mesure contestée et se demander si l'équilibre établi par l'État dans le cas en question respecte l'art. 3 et les notions de participation utile au processus électoral et de représentation effective.

¹²³ Un tel examen prend naturellement la forme d'une analyse de la proportionnalité, qui consiste à découvrir comment la mesure affaiblit un ou plusieurs aspects de la participation au processus démocratique, et à soupeser cet effet préjudiciable de la mesure et ses effets bénéfiques en tant que moyen de renforcer d'autres aspects de la participation au processus électoral. Comme la forme de cette analyse ressemble à celle utilisée pour l'article premier, il s'avère nécessaire de répondre à l'affirmation (figurant au par. 31 de l'opinion majoritaire) selon laquelle il n'est pas indiqué de mettre en balance des intérêts collectifs et des droits individuels pour déterminer s'il y a violation de l'art. 3.

¹²⁴ Je reconnaiss que la mise en balance d'intérêts collectifs et de droits garantis par l'art. 3 devrait se faire uniquement dans l'analyse fondée sur l'article premier, mais une certaine forme de mise en équilibre des valeurs opposées ou d'appréciation de la proportionnalité demeure appropriée pour définir ces droits, à ce stade-ci de l'analyse de la nature des droits garantis. Cette étape de l'analyse précède toute conclusion quant à l'existence d'une violation des droits individuels garantis par l'art. 3. C'est seulement après que cette question a été tranchée que se pose celle de la mise en balance des intérêts collectifs et des droits garantis par l'art. 3.

¹²⁵ The reasons of my colleague reject the proposition that values other than the purely individual are relevant in determining the scope of s. 3. It must be acknowledged that this position appears, at first, to be supported by previous pronouncements of this Court, but a closer analysis of the jurisprudence of our Court will lead to a different conclusion. In *Sauvé, supra*, the Chief Justice rejected the government's argument that legislation depriving federal prisoners of the right to vote could be consistent with s. 3, concluding, at para. 11, that "s. 3 must be construed as it reads, and its ambit should not be limited by countervailing collective concerns". In *Harvey, supra*, the government argued that a law disqualifying persons who had been convicted of offences involving corrupt practices from voting or being a member of the provincial legislature was consistent with limitations inherent to s. 3 itself, because the legislation helped to ensure the integrity of the political process and thus contributed to effective representation. Although La Forest J., writing for a majority of the Court, described these arguments as initially appearing persuasive, he rejected the government's position, both because it contradicted the clear language of s. 3 and because to accept it "would be to remove the balancing of interests from s. 1 and incorporate it in s. 3 of the Charter" (*Harvey*, at para. 29).

¹²⁶ But *Sauvé* and *Harvey* can be distinguished from this case because they dealt with outright exclusion of certain citizens from voting or being candidates for election. Indeed, in *Harvey*, at para. 25, La Forest J. referred to the "contrast" between this Court's approach in the *Saskatchewan Reference* and its approach to "particular statutory disqualifications of voters". *Sauvé* and *Harvey* were cases in the latter group. This case is not. Government actions that affect the conditions under which citizens vote or run for election engage s. 3 without directly clashing with its plain language, as literal prohibitions do, and they call for a different kind of analysis. Ascertaining whether the right has been infringed requires us to acknowledge the need for an appropriate compromise between the competing

Dans ses motifs, mon collègue rejette la thèse de la pertinence des valeurs autres que purement individualistes pour déterminer la portée de l'art. 3. Il faut admettre que, à prime abord, cette position semble être appuyée par certains énoncés antérieurs de notre Cour, mais une analyse plus approfondie de la jurisprudence de notre Cour conduit à une conclusion différente. Dans l'arrêt *Sauvé*, précité, la Juge en chef a rejeté l'argument du gouvernement voulant qu'une loi qui prive des prisonniers fédéraux du droit de vote puisse être compatible avec l'art. 3, et elle a jugé, au par. 11, que « l'art. 3 doit être interprété littéralement et que sa portée ne devrait pas être limitée par des intérêts collectifs opposés ». Dans l'arrêt *Harvey*, précité, le gouvernement avait plaidé qu'une loi rendant inhabiles à voter ou à occuper la charge de député provincial les personnes déclarées coupables d'infractions liées à des manœuvres frauduleuses restait compatible avec les limites inhérentes à l'art. 3, parce que cette législation contribuait à garantir l'intégrité du processus électoral, jouant ainsi un rôle dans l'établissement d'une représentation effective. Bien que le juge La Forest (qui s'exprimait pour la majorité) ait qualifié ces arguments de convaincants au premier abord, il a rejeté la thèse du gouvernement parce qu'elle contredisait le texte clair de l'art. 3 et parce que l'accepter « reviendrait à retrancher de l'article premier la pondération des intérêts, pour ensuite l'incorporer à l'art. 3 de la Charte » (*Harvey*, par. 29).

Toutefois, les arrêts *Sauvé* et *Harvey* se distinguent de l'espèce parce qu'ils portaient sur des dispositions qui retiraient totalement à certains citoyens le droit de voter ou de se porter candidats à des élections. De fait, au par. 25 de l'arrêt *Harvey*, le juge La Forest a indiqué que la méthode utilisée par notre Cour dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan* était « à l'opposé » de celle qu'elle avait appliquée dans les affaires concernant « certaines inhabilités légales frappant les électeurs ». Les arrêts *Sauvé* et *Harvey* appartenaient à ce dernier groupe, mais la présente affaire n'en fait pas partie. Des mesures gouvernementales qui influent sur les conditions dans lesquelles les citoyens votent ou se portent candidat à une élection font intervenir l'art. 3 sans aller directement à l'encontre de ses termes

forces that together define meaningful participation.

It is not unusual for such balancing to take place in defining the ambit of a *Charter* right. This kind of analysis has become familiar in connection with certain *Charter* rights — particularly those described by Professor Hogg as “qualified rights”, rights that “are by their own terms qualified by notions of reasonableness or regularity” (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (student ed. 2002), at p. 804).

Section 7 of the *Charter*, for example, provides that the interests it protects can be limited by state action that conforms to principles of fundamental justice. The phrase “the principles of fundamental justice” invokes competing principles that exist, in the words of Iacobucci J., in “dynamic tension” with each other (*R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at para. 108). If a law is found to conflict with one of the principles of fundamental justice, the next step in the analysis is to identify any other, opposed principles that are enhanced by the law, and to consider the interplay between the various principles holistically in order to reach a final conclusion on whether the law is or is not consistent with s. 7.

Similarly, s. 8 protects the right to be free from “unreasonable” search and seizure. In working out what is “reasonable” in this context, courts customarily balance the individual’s interest in being let alone against the government’s interest in investigation and law enforcement (see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60). McLachlin J. and Iacobucci J., in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 86, noted that “the

clairs, comme le font les interdictions expresses. À ce titre, ces mesures commandent donc un autre genre d’analyse. Avant de décider si une violation du droit protégé a été commise, il nous faut reconnaître la nécessité d’établir un compromis adéquat entre les diverses forces opposées qui, ensemble, caractérisent la participation utile au processus démocratique.

Une telle mise en équilibre pour définir la portée d’un droit garanti par la *Charte* ne présente rien d’inhabituel. Ce genre d’analyse est devenue courante dans les affaires portant sur certains droits garantis par la *Charte* — particulièrement ceux que le professeur Hogg qualifie de [TRADUCTION] « droits relatifs », c’est-à-dire des droits qui [TRADUCTION] « suivant leur libellé même, sont restreints par des notions tels le caractère raisonnable ou la régularité » (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. pour étudiants 2002), p. 804). 127

L’article 7 de la *Charte*, par exemple, précise que les droits qui y sont garantis peuvent être limités par une mesure étatique conforme aux principes de justice fondamentale. L’expression « les principes de justice fondamentale » fait intervenir des principes opposés qui, pour reprendre les termes utilisés par le juge Iacobucci, existent en « tension dynamique » les uns avec les autres (*R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, par. 108). Si l’on conclut qu’une mesure législative entre en conflit avec l’un des principes de justice fondamentale, l’étape suivante de l’analyse consiste à se demander si cette mesure renforce quelque autre principe opposé et à considérer globalement l’interaction des différents principes pour décider, en bout de ligne, si la mesure législative respecte ou non l’art. 7. 128

De même, l’article 8 garantit le droit d’être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies « abusives ». Pour déterminer ce qui est « raisonnable » dans ce contexte, les tribunaux mettent habituellement en balance le droit d’une personne de ne pas être importunée et l’intérêt du gouvernement à enquêter sur les crimes et à appliquer la loi (voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159-160). Dans l’arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 129

appropriateness of the balance is assessed according to the nature of the interests at stake in a particular context, and the place of these interests within our legal and political traditions".

130 The content and scope of every *Charter* right, even when the text of the right in question does not include limiting words such as "reasonable", is determined with reference to its purpose. A right's purpose may be connected not only to purely individual interests but also to communitarian or group concerns. For example, the right to freedom of association protected by s. 2(d) of the *Charter* is defined "primarily as an instrument of self-fulfilment and realization of the individual" (*R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70, at para. 170), but this Court has also recognized its social and collective dimension by identifying its purpose as being "to protect the collective pursuit of common goals" (*Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 252). And the right to equality protected by s. 15 of the *Charter* is expressly an individual right, but the concept of freedom from discrimination is related (as the grounds of discrimination listed in s. 15(1) demonstrate) to the individual's membership in certain social groups and to the relationships between minority groups and Canadian society.

131 The jurisprudence I have referred to provides insights which are highly relevant to s. 3. Section 3 is not a "qualified" right as far as literal prohibitions on voting or running for office are concerned. But when we are dealing with the additional protections that must implicitly be included if the literal language of the section is to be given full effect, the situation changes. We identify this implicit content with qualified phrases: "effective representation" and "meaningful participation". Section 3 ensures that voters are "reasonably informed of all the possible choices" and that parties and candidates

668, la juge McLachlin et le juge Iacobucci ont souligné, au par. 86, que « [l]e caractère approprié de l'évaluation dépend [...] de la nature des intérêts en jeu dans un contexte particulier et de la place qu'ils occupent dans nos traditions juridiques et politiques ».

Le contenu et la portée de tout droit garanti par la *Charte*, même lorsque le texte du droit en question ne comprend pas de termes restrictifs tel le mot « raisonnable », sont déterminés par rapport à l'objet du droit en question. L'objet d'un droit peut non seulement se relier à des intérêts purement individualistes mais également à des préoccupations que partagent les membres d'une collectivité ou d'un groupe. Par exemple, on définit le droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2d) de la *Charte* « essentiellement [comme] un outil d'accomplissement personnel et de réalisation de l'individu » (*R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70, par. 170). Toutefois, notre Cour a également reconnu les dimensions sociale et collective de ce droit en précisant qu'il avait pour but de « protéger la poursuite collective d'objectifs communs » (*Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 252). Par ailleurs, le droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte* est défini expressément comme un droit individuel, mais la notion de protection contre la discrimination demeure fonction (comme le démontrent les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1)) de l'appartenance de l'individu à certains groupes sociaux et aux liens qui existent entre les groupes minoritaires et la société canadienne.

Les arrêts dont j'ai fait état fournissent des enseignements fort pertinents en ce qui concerne l'art. 3. Cet article ne crée pas un droit « relatif » au sens où il comporterait des interdictions expresses de voter ou de se présenter comme candidat à une élection. Toutefois, si l'on tient compte des garanties additionnelles qui sont nécessairement incluses de façon implicite pour que le texte même de la disposition puisse produire son plein effet, la situation est différente. Nous désignons ce contenu implicite à l'aide des expressions restrictives suivantes : « représentation effective » et

have “a reasonable opportunity to present their positions” (*Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 47 (emphasis added)). At its heart is “the right to play a meaningful role in the selection of elected representatives” (*Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1031 (emphasis added)). The fact that our Court routinely uses such modifying language in describing the scope of s. 3 indicates that the analysis appropriate for the expressly “qualified” rights also applies here, except when literal disqualifications are at issue.

To determine whether s. 3 has been infringed in a given case, we must be attentive to the fact that representation has different aspects and that some of its aspects are not easily reconciled. Iacobucci J.’s phrase “dynamic tension” is as apt in this context as it is in connection with s. 7. And in s. 3, as in s. 8 of the *Charter*, the analysis is undertaken with awareness of our legal and political traditions.

Furthermore, s. 3, like s. 2(d) and s. 15, while it is ultimately a right of each individual citizen, cannot be understood without reference to its social and systemic context. The rights to vote and to be a candidate do not fit the classic model of a negative individual right to be free from government interference. Citizens cannot exercise s. 3 rights on their own, without the state’s involvement. Rather, s. 3 imposes a positive obligation on the government to set up an electoral system which, in turn, provides for democratic government in accordance with the choices of Canadian voters. Measuring the system against the constitutional ideals of effective representation and meaningful participation requires assessing how well it represents both Canadian society as a whole, and the groups that make up our social fabric. Evaluating the fairness of the system involves looking at how each citizen fares in relation to others. Section 3 rights are individual rights, but

« participation utile ». L’article 3 assure que les électeurs sont « raisonnablement informés de tous les choix possibles » et que les candidats bénéficient d’« une possibilité raisonnable [. . .] d’exposer leur position » (*Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 47 (je souligne)). « [L]e droit de jouer un rôle important dans l’élection de députés » est un aspect central de l’art. 3 (*Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1031 (je souligne)). L’utilisation régulière de termes restrictifs par notre Cour pour décrire la portée de l’art. 3 confirme que l’analyse applicable à l’égard des droits explicitement « relatifs » s’applique également en l’espèce, sauf lorsque des inhabilités expresses sont en cause.

Pour déterminer s’il y a eu violation de l’art. 3 dans une situation donnée, il faut se rappeler que la notion de représentation comporte différents aspects et que certains de ceux-ci ne se concilient pas facilement. L’expression « tension dynamique » utilisée par le juge Iacobucci s’applique avec autant de justesse dans le présent contexte qu’à l’égard de l’art. 7. De plus, tout comme pour l’analyse fondée sur l’art. 8 de la *Charte*, l’analyse fondée sur l’art. 3 s’effectue en toute conscience de nos traditions juridiques et politiques.¹³²

En outre, bien que, à l’instar de l’al. 2d) et l’art. 15, l’art. 3 crée en définitive un droit appartenant à chaque citoyen individuellement, il est impossible d’appréhender le sens de cette disposition sans se référer à son contexte social et systémique. Le droit de voter et celui de briguer les suffrages des électeurs ne correspondent pas au modèle classique du droit individuel négatif de ne pas être importuné par le gouvernement. Les citoyens ne sauraient exercer par eux-mêmes les droits garantis par l’art. 3 sans intervention de l’État. L’article 3 impose plutôt à l’État l’obligation positive d’instaurer un système électoral qui, à son tour, assure l’existence d’un gouvernement démocratique correspondant aux choix des électeurs canadiens. L’appréciation de ce système au regard des idéaux constitutionnels de représentation effective et de participation utile au processus démocratique exige qu’on se demande dans quelle mesure il sert adéquatement la société canadienne dans son ensemble et les groupes qui

their meaning is determined by their social and relational context.

¹³⁴ Having determined that a legislative measure constrains the capacity of certain individuals to participate in the democratic process, we must then go on to examine whether as a result the electoral system fails to meet the constitutional standard of providing effective representation and meaningful participation, bearing in mind the countervailing values, including social and collective values, that are comprised within those phrases. I suggest that this inquiry must take the form of a proportionality analysis. I would not equate such an analysis with the balancing of collective interests and individual rights which should take place under s. 1. Rather, I would reiterate my view that the individual right to meaningful participation has many aspects, or comprises many competing principles. When a government measure exacts a cost in terms of one of those principles, its consistency with s. 3 depends on whether there are corresponding benefits related to other democratic values and whether, when costs and benefits are considered together, the end result is or is not a deprivation of meaningful participation.

¹³⁵ For the reasons stated by Iacobucci J., I agree that the provisions at issue in this appeal do interfere with the capacity of some individual citizens to participate. The next step is to ask whether the legislation enhances any of the competing values which contribute to meaningful participation and effective representation.

E. *The Democratic Values Furthered by the Legislation*

¹³⁶ Reserving certain privileges for parties that nominate 50 or more candidates in an election, generally speaking, gives an advantage in electoral

forment notre tissu social. Pour évaluer le caractère équitable du système, on doit alors comparer la situation du citoyen concerné à celle des autres. Les droits garantis par l'art. 3 conservent certes un caractère individuel effectif, mais leur portée est fonction de leur contexte social et relationnel.

Après avoir conclu que les dispositions législatives contestées réduisent la capacité de certaines personnes de participer au processus démocratique, il faut ensuite rechercher si, en conséquence, le système électoral viole la norme constitutionnelle garantissant la représentation effective et la participation utile, et ce au regard toujours des valeurs opposées — y compris les valeurs sociales et collectives — que comportent ces deux notions. Cet examen doit prendre la forme d'une analyse de la proportionnalité, mais je ne l'assimile pas à la mise en balance des intérêts collectifs et des droits individuels effectuée pour l'application de l'article premier. Au contraire, je suis d'avis que le droit individuel de participer utilement au processus démocratique comporte plusieurs aspects, ou plusieurs principes opposés. Lorsqu'une mesure gouvernementale porte atteinte à l'un de ces principes, la compatibilité de cette mesure avec l'art. 3 dépend de la réponse à la question de savoir si elle produit des avantages correspondants liés à d'autres valeurs démocratiques et si, une fois ces avantages et ces désavantages considérés globalement, cette mesure se traduit en définitive par une privation du droit de participer utilement au processus démocratique.

Pour les motifs exposés par le juge Iacobucci, je reconnaiss comme lui que les dispositions en litige dans le présent pourvoi portent atteinte à la capacité de certains citoyens de participer au processus démocratique. L'étape suivante consiste à se demander si ces dispositions renforcent l'une ou l'autre des valeurs opposées qui contribuent à favoriser la participation utile au processus démocratique et la représentation effective.

E. *Les valeurs démocratiques renforcées par les dispositions législatives*

De façon générale, on doit admettre que le fait de réserver certains privilèges aux partis qui présentent au moins 50 candidats dans une élection confère un

competition to larger parties with a broader geographical base. While the adverse consequences to smaller parties and parties whose support is concentrated in relatively few ridings, and the costs in terms of fairness to their candidates and supporters must be acknowledged, nevertheless, the favourable treatment of more broadly based parties does further an aspect of effective representation that can validly be weighed in the balance against the value of individual participation.

The 50-candidate rule tends to channel voter support towards parties that engage in internal compromise and consensus building so as to emerge as mainstream, broadly based political movements. I would identify the value enhanced by this measure as the aggregation of political preferences, or the promotion of cohesion over fragmentation. The Alberta Court of Appeal alluded to this aspect of democratic representations in the *Alberta Reference*, *supra*, at p. 216, when it spoke of “shared representation” as encouraging “the mutual understanding and respect that is essential to a healthy democratic life”. This value is closely connected, in the context of this appeal, to the role of political parties in the Canadian electoral system.

F. *The Value of the Party System*

Political parties are key institutions in the Canadian system of representative and responsible government — that is, government where laws are made by elected representatives of the people and where the executive is responsible to the legislature and enjoys the confidence of a majority of its members.

The Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing (the “Lortie Commission”) observed in its 1991 Report (*Reforming Electoral Democracy: Final Report*, vol. 1) that political parties have played a prominent role in Canadian politics since the struggle to attain responsible

avantage dans la course électorale aux grands partis politiques disposant d’appuis plus larges sur le plan géographique. Sans pouvoir passer sous silence les conséquences préjudiciables de ce traitement favorable pour les petits partis et pour les partis dont l’appui est concentré dans un nombre relativement restreint de circonscriptions, ainsi que le caractère inéquitable de telles mesures à l’égard des candidats de ces partis et pour leurs partisans, ce traitement favorable renforce toutefois un aspect de la représentation effective que l’on peut valablement mettre en équilibre avec la valeur que constitue la participation individuelle.

En effet, la règle des 50 candidatures tend à canaliser l’appui des électeurs vers les partis qui s’efforcent d’établir en leur sein des compromis et consensus pour devenir des mouvements politiques traditionnels jouissant de larges appuis. Je décrirais la valeur renforcée par cette mesure comme étant l’agrégation de préférences politiques, ou la recherche de la cohésion par rapport à la fragmentation. La Cour d’appel de l’Alberta a fait allusion à cet aspect des modèles de représentation démocratique dans le *Renvoi concernant l’Alberta*, précité, lorsqu’elle a écrit que [TRADUCTION] « [I]l fait de partager des représentants » favorisait « la compréhension et le respect mutuels essentiels à une saine vie démocratique » (p. 216). Dans le contexte du présent pourvoi, cette valeur est intimement liée au rôle que jouent les partis politiques dans le système électoral canadien.

F. *La valeur du système de partis politiques*

Les partis politiques forment des institutions fondamentales du système canadien de gouvernement représentatif et responsable — c’est-à-dire un gouvernement où les lois sont adoptées par les représentants élus par le peuple et où l’exécutif est responsable devant l’assemblée législative et jouit de la confiance de la majorité des députés.

Dans le rapport qu’elle a publié en 1991 (*Pour une démocratie électorale renouvelée : Rapport final*, vol. 1), la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (la « Commission Lortie ») a souligné que les partis politiques jouent un rôle de premier plan dans la politique canadienne

government in Canada in the first half of the nineteenth century, becoming deeply rooted in Canadian society — in contrast to their British counterparts, which at that time were primarily parliamentary factions. By Confederation, parties had become “an essential component of the effective operation of responsible government and the central focus for the mobilization and participation of citizens in political life” (Report of the Lortie Commission, vol. 1, at p. 211).

140 As my colleague notes at para. 39 of his reasons, parties enhance representation by making the political participation of individuals more effective than it would be if those individuals acted alone, without the coordination, structure and cooperation that the party system provides. Parties keep voters informed of important issues and provide them with meaningful electoral choices.

141 Canada’s form of responsible government also reflects the central role of political parties. The Constitution gives the Governor General the formal power of selecting the Prime Minister and Cabinet, but by convention she invariably appoints the leader of the party that has won the majority of seats in Parliament (assuming that there is one) as Prime Minister, and follows his recommendations in appointing the other ministers (see Hogg, *supra*, at p. 255; H. Brun and G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at pp. 374-79). The Lortie Commission commented on the party system as a foundation of responsible government, noting that the fundamental constitutional characteristics of our system “assume a structure of political representation in Parliament that makes it possible to form a government and hold it responsible to elected members”, and that parties, by structuring electoral choice, help to enable voters to determine who forms the government (Report of the Lortie Commission, vol. 1, at p. 209).

depuis la lutte livrée durant la première moitié du 19^e siècle pour l’instauration d’un système de gouvernement responsable au Canada, et qu’ils sont devenus solidement enracinés dans la société canadienne — contrairement à leurs homologues britanniques qui, à l’époque, constituaient principalement des factions parlementaires. Au moment de la Confédération, les partis étaient devenus « essentiels au fonctionnement efficace d’un gouvernement responsable et considérés comme le pivot de la mobilisation et de la participation des citoyens à la vie politique » (Rapport de la Commission Lortie, vol. 1, p. 220).

Comme mon collègue le fait remarquer au par. 39, l’existence des partis politiques renforce la représentation en permettant aux citoyens de participer à la vie politique d’une manière plus efficace que s’ils agissaient seuls, sans les bénéfices qu’offre le système des partis politiques sur les plans de la coordination, de la structure et de la coopération. Les partis renseignent les électeurs sur les questions importantes et leur offrent des choix électoraux concrets.

La forme de gouvernement responsable qui existe au Canada reflète également le rôle central que jouent les partis politiques. La Constitution confie formellement au gouverneur général le pouvoir de désigner le premier ministre et le cabinet mais, par convention, il nomme invariablement le chef du parti qui a obtenu la majorité des sièges au Parlement (en supposant qu’un parti ait effectivement obtenu la majorité) au poste de premier ministre et, suivant les recommandations de ce dernier, il nomme les autres ministres (voir Hogg, *op. cit.*, p. 255; H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (4^e éd. 2002), p. 374-379). La Commission Lortie a qualifié le système des partis politiques de fondement du régime de gouvernement responsable, en soulignant qu’il se caractérise « par la représentation parlementaire, qui autorise la formation d’un gouvernement directement responsable devant les élus et élues », et que, en structurant les choix électoraux, les partis offrent à la population la possibilité de décider qui formera le gouvernement (Rapport de la Commission Lortie, vol. 1, p. 217).

The Lortie Commission devoted an entire chapter of its 1991 Report to a discussion of the function of political parties. The title of that chapter, “Political Parties as Primary Political Organizations”, sums up the Commission’s view of the crucial role played by political parties in our democratic system. The Commission described parties as “best suited to performing a host of activities essential to representative democracy” (Report of the Lortie Commission, vol. 1, at p. 207). It identified three key functions of political parties: structuring electoral choice so as to make the vote meaningful; providing mechanisms for political participation, thus enhancing democratic self-government; and organizing elected representation in Parliament, thus contributing to the effective operation of responsible government (vol. 1, at p. 209).

Parties are such important actors in our political system that, although they are private and voluntary organizations, they also possess some of the characteristics of a public institution. It is therefore to be expected that the identification and regulation of parties should have become one of the functions of Canadian elections law; indeed, it is rather surprising that the existence of political parties was not recognized at all in federal election legislation until 1970. The formal recognition of parties in the *Canada Elections Act* came about in response to the recommendations of the Committee on Election Expenses (the “Barbeau Committee”) in its Report issued in 1966 (*Report of the Committee on Election Expenses*).

As the Barbeau Committee noted, before the amendments to the *Canada Elections Act*, only the fundraising and spending of individual candidates were regulated, although parties played a very significant role in organizing political financing. This meant that election financing remained in effect virtually unregulated. The Committee saw the lack of effective public control over political financing as posing a serious threat to the proper functioning of

Dans son rapport publié en 1991, la Commission Lortie a consacré un chapitre complet à l’étude du rôle des partis politiques. Le titre de ce chapitre, « La primauté des partis dans le système politique canadien », résume bien le point de vue de la Commission sur le rôle crucial que jouent les partis politiques dans notre système démocratique. D’affirmer la Commission, les « rôles multiples et essentiels que remplissent les partis dans le fonctionnement de la démocratie justifient leur primauté au sein de notre système politique » (Rapport de la Commission Lortie, vol. 1, p. 215). Celle-ci a mentionné trois rôles essentiels que jouent les partis politiques : structurer les choix électoraux de manière à donner un sens au vote; offrir à la population des mécanismes qui lui assurent une participation politique accrue; organiser le travail des élus et élues au Parlement et contribuer ainsi à l’efficacité de notre régime de gouvernement responsable (vol. 1, p. 217).

Les partis sont devenus des acteurs tellement importants dans notre système politique que, bien qu’ils demeurent des organisations privées auxquelles les citoyens sont libres d’adhérer, ils ont acquis également certaines caractéristiques propres aux institutions publiques. Il était donc prévisible que l’identification et la réglementation des partis deviennent des fonctions relevant du droit électoral canadien; d’ailleurs, il est plutôt étonnant que l’existence des partis politiques n’ait pas été reconnue dans la législation électorale fédérale avant 1970. La reconnaissance formelle des partis dans la *Loi électorale du Canada* est survenue à la suite des recommandations formulées par le Comité des dépenses électorales (le « Comité Barbeau ») dans le rapport qu’il a publié en 1966 (*Rapport du Comité des dépenses électorales*).

Comme l’a souligné le Comité Barbeau, seules les levées de fonds et les dépenses des candidats étaient réglementées avant les modifications apportées à la *Loi électorale du Canada*, et ce même si les partis jouaient un rôle très important dans l’organisation du financement politique. En d’autres mots, le financement des élections demeurait dans les faits virtuellement non réglementé. Le Comité considérait que l’absence d’encadrement effectif,

the democratic system. It created opportunities for corruption and made it less likely that parties and legislators would act in conformity with the public interest.

¹⁴⁵ Part of the Barbeau Committee's proposed solution to these problems was the creation of a formal registry of political parties. Registered parties would be held accountable for their actions, and in particular for disclosing the sources of their funding and how it was spent. To minimize the distorting effect of large private contributions, the Committee recommended public subsidies for basic campaign expenses. It also proposed the use of tax incentives for individual contributions to political parties so as to increase public participation by broadening the base of political contributions. The Committee recommended that candidates' affiliations to registered political parties appear on the ballot, thus providing voters with more complete information about the candidates. These benefits were to be made available only to parties that complied fully with registration requirements (see *Report of the Committee on Election Expenses*, at pp. 37-48). Many of the Barbeau Committee's recommendations were adopted in major amendments to the *Canada Elections Act* in 1970 and 1974.

¹⁴⁶ Fielding at least 50 candidates in an election, as one of the requirements for party registration, is part of the framework for the recognition and regulation of political parties that was set up in response to the Barbeau Committee's proposals. The overall scheme of which it is a part has improved our electoral system and furthers the important democratic values of accountability, political communication, and grassroots participation. While the impugned provision cannot, of course, borrow its constitutional validity from the surrounding provisions of the *Canada Elections Act*, it should not be divorced

par l'État, du financement des partis politiques menaçait sérieusement la bonne marche du système démocratique. Cette situation créait des occasions de corruption et augmentait le risque que les partis et les législateurs n'agissent pas en conformité avec l'intérêt public.

Une partie de la solution que proposait le Comité Barbeau pour résoudre ces problèmes consistait à créer un registre officiel des partis politiques. Les partis enregistrés seraient tenus de rendre compte de leurs activités, plus précisément de divulguer l'origine de leurs fonds et la manière dont ceux-ci sont dépensés. Afin de réduire la portée des distorsions créées par d'importantes contributions émanant de sources privées, le Comité recommandait l'octroi de subventions publiques pour aider au paiement des dépenses de base de la campagne électorale. Il proposait également d'accorder des incitations fiscales pour les contributions individuelles versées aux partis politiques, afin d'augmenter la participation du public en multipliant les sources des contributions politiques. Le Comité suggérait aussi que l'appartenance des candidats aux partis politiques enregistrés figure sur le bulletin de vote, mesure qui fournirait aux électeurs des renseignements plus complets sur les candidats. Ces avantages ne seraient offerts qu'aux partis respectant entièrement les conditions d'enregistrement (voir *Rapport du Comité des dépenses électorales*, p. 39-51). Bon nombre des recommandations formulées par le Comité Barbeau ont été adoptées à l'occasion d'importantes modifications apportées à la *Loi électorale du Canada* en 1970 et 1974.

La présentation d'au moins 50 candidats dans une élection, qui constitue l'une des conditions d'enregistrement d'un parti, fait partie du cadre de reconnaissance et de réglementation des partis politiques qui a été mis en place par suite des propositions du Comité Barbeau. Le régime général dans lequel s'inscrit cette condition a amélioré notre système électoral et renforce les importantes valeurs démocratiques que sont l'obligation de rendre compte, la communication politique et la participation populaire. Quoique les dispositions législatives contestées ne puissent, évidemment,

from its context for the purposes of constitutional scrutiny.

G. *Competing in a Relatively High Number of Ridings as a Criterion for Registration*

Legal recognition of parties necessitates legal definition of what a party is. The criteria for registration in the *Canada Elections Act* are designed to ensure both that parties live up to their obligation to account for their income and expenditures, and also, perhaps more controversially, that the benefits of registered party status are reserved for those organizations that genuinely fulfil the functions of political parties in our electoral system. It is in this light that the requirement of nominating 50 candidates must be viewed.

Two main functions of political parties can be identified: affecting the development of policy by publicizing ideas and influencing the political agenda; and competing in elections to gain a position in the legislature. These functions are often intertwined, but it is really the second that marks out a political party as a party in distinction to other participants in political debate. As the Lortie Commission noted, the first function is shared by interest groups — organizations which communicate ideas to the public, and seek to shape the political agenda and influence government policy, often focussing on a single issue or cluster of issues, but do not compete for elected office (Report of the Lortie Commission, vol. 1, at pp. 222-23). The registration system and the public policy objectives it promotes are related to the role of parties as competitors in elections. Indeed, many of the benefits of registration are virtually meaningless outside the context of electoral competition — although some, such as tax credits to contributors, could be attractive to groups that do not seriously intend to compete in elections. Making them available to such groups as well as genuine

tirer leur validité constitutionnelle des dispositions connexes de la *Loi électorale du Canada*, elles ne peuvent être dissociées de leur contexte dans le cadre de l'examen de leur constitutionnalité.

G. *La présentation de candidats dans un nombre relativement élevé de circonscriptions comme condition d'enregistrement*

L'établissement d'une procédure de reconnaissance légale d'un parti exige de définir juridiquement en quoi consiste un parti. Les conditions d'enregistrement prévues par la *Loi électorale du Canada* visent à faire en sorte que les partis respectent l'obligation qui leur incombe de rendre compte de leurs revenus et dépenses, et aussi, objectif peut-être plus controversé, à faire en sorte que les avantages accordés aux partis enregistrés soient réservés aux organisations qui s'acquittent réellement des fonctions des partis politiques dans notre système électoral. C'est sous cet éclairage que l'obligation de présenter 50 candidats doit être considérée.

Deux fonctions principales peuvent être attribuées aux partis politiques : influer sur l'élaboration des politiques en lançant des idées et en influençant les programmes politiques; participer aux élections afin d'obtenir une place au sein du Parlement ou de l'assemblée législative. Ces fonctions sont souvent interreliées, mais c'est davantage la deuxième qui distingue les partis politiques des autres participants au débat politique. En effet, comme l'a souligné la Commission Lortie, les partis politiques partagent la première fonction avec les groupes d'intérêts — organisations qui communiquent des idées à la population et cherchent à orienter les programmes politiques et à influencer les politiques gouvernementales, souvent à l'égard d'une seule question ou d'un ensemble de questions, mais qui ne briquent pas les suffrages des électeurs (Rapport de la Commission Lortie, vol. 1, p. 230-231). Le régime d'enregistrement et les objectifs d'intérêt public que soutient celui-ci sont liés au rôle que jouent les partis en tant que participants aux élections. De fait, bon nombre des avantages découlant de l'enregistrement ne présentent pratiquement aucun intérêt en dehors du contexte électoral, bien que certains — par exemple les crédits d'impôt accordés aux donateurs —

parties could undermine the purposes of the registration scheme.

149 For these reasons, in my opinion, a requirement of nominating at least one candidate, and perhaps more, in order to qualify for registration as a party would not raise any serious constitutional concerns. Official recognition of parties could hardly work without such a requirement. Nominating candidates and competing in the electoral process is fundamental to the nature of parties as opposed to other kinds of political associations, such as interest groups.

150 But although the objectives referred to by the Barbeau Committee provide the beginning of an explanation of the 50-candidate rule, they are not enough to explain fully why parties should be required to nominate candidates in a fairly large number of constituencies. Undoubtedly, this rule shuts out some parties which are genuine competitors in the electoral process (and not mere interest groups), but which for valid strategic reasons decide to concentrate their campaign resources in a small number of ridings. In other words, it would be possible to achieve the enhancement of democratic values that the Barbeau Committee saw in a system of party registration, without making the nomination of so large a number as 50 candidates a prerequisite for recognition as a party. The question, then, is whether this particular feature of the regime can be said to enhance effective representation in some way. To answer this question, I return to the value referred to earlier, that of aggregating political preferences.

151 Requiring that registered parties be committed to electoral competition in a fairly high number of ridings tends to tilt the system in favour of larger

pourraient attirer des groupes qui n'entendent pas rivaliser sérieusement avec les autres participants aux élections. L'octroi de ces avantages à de tels groupes, en plus de les accorder aux véritables partis politiques, risque de compromettre la réalisation des objectifs du régime d'enregistrement.

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'obligation de présenter au moins un candidat, et peut-être davantage, pour satisfaire aux conditions d'enregistrement imposées aux partis politiques ne soulève pas de graves inquiétudes sur le plan constitutionnel. La reconnaissance officielle des partis pourrait difficilement être efficace sans cette obligation. La présentation de candidats et la participation à la course électorale constituent des aspects fondamentaux de la vie des partis politiques tenant à leur nature même, par comparaison aux autres types d'associations politiques, les groupes d'intérêts par exemple.

Toutefois, même si les objectifs mentionnés par le Comité Barbeau offrent un début d'explication de la règle des 50 candidatures, ils n'indiquent pas complètement pourquoi les partis devraient être tenus de présenter des candidats dans un nombre relativement élevé de circonscriptions. Il est certain que cette règle exclut certains partis qui participent réellement au processus électoral (et ne sont pas de simples groupes d'intérêts), mais qui, pour des raisons stratégiques valables, décident de concentrer les ressources dont ils disposent pour leur campagne dans un nombre restreint de circonscriptions. En d'autres termes, il serait possible de renforcer les valeurs démocratiques que le Comité Barbeau a jugé importantes dans un régime d'enregistrement des partis politiques, sans pour autant faire de la présentation d'un nombre de candidats aussi élevé que 50 un préalable à la reconnaissance d'un parti. Se pose donc la question de savoir s'il est possible d'affirmer que cet aspect particulier du régime renforce la représentation effective d'une quelconque manière. Pour répondre à cette question, je reviens à la valeur mentionnée précédemment : l'agrégation des préférences politiques.

Exiger que les partis enregistrés participent à la course électorale dans un nombre relativement élevé de circonscriptions tend à faire en sorte que le

parties and parties whose support is geographically dispersed. The Lortie Commission saw the 50-candidate rule as an appropriate way of identifying parties that were equipped for electoral competition on a national scale (vol. 1, at p. 249):

A political party that nominates candidates in 50 constituencies would demonstrate serious intent to engage in the rigours of electoral competition at a level that indicates relatively broad appeal for its program and ideas. Moreover, experience since 1974 shows that this level is neither unduly onerous nor too lenient for registration. We believe that this threshold should continue to serve as a benchmark in determining which parties may be registered under the *Canada Elections Act*.

Nomination of 50 candidates demonstrates two things about a party (as the Lortie Commission observed): a high level of commitment to electoral competition, and breadth of appeal. The rule therefore favours established parties with a broad basis of support. A system which benefits such parties has its drawbacks, in that it limits citizens' opportunities to support smaller parties whose platforms may correspond closely to their own particular political agendas. On the other hand, it furthers a value which plays a part in defining effective representation in Canada, the aggregation of political will and the promotion of cohesiveness over factionalism.

H. *Aggregation of Political Preferences as a Value Manifested in our History and Political Institutions*

As the present Chief Justice observed in the *Saskatchewan Reference*, *supra*, at p. 185, “[t]he circumstances leading to the adoption of the Charter negate any intention to reject existing democratic institutions”. I agree with McLachlin J.’s (as she then was) assertion in that case that inequities in the electoral system are not acceptable merely because they have historical precedent, and that institutions are not constitutional merely because they already exist. I also agree with her that we should look to past and present institutions as the

système favorise davantage les grands partis et ceux qui jouissent d'appuis géographiquement étendus. La Commission Lortie a considéré que la règle des 50 candidatures constituait un moyen approprié d'identifier les partis aptes à participer à la course électorale à l'échelle nationale (vol. 1, p. 259) :

Un parti qui nomme des candidats et candidates dans 50 circonscriptions démontre qu'il veut sérieusement s'engager dans la compétition électorale, à un niveau qui témoigne du succès relativement large de son programme. L'expérience acquise depuis 1974 a montré qu'un tel niveau ne rend l'enregistrement ni trop difficile, ni trop facile à obtenir. Nous pensons que ce seuil devrait continuer de servir de référence pour déterminer quels partis devraient être enregistrés aux termes de la *Loi électorale*.

La présentation de 50 candidats démontre deux choses au sujet d'un parti (comme l'a souligné la Commission Lortie) : un degré élevé de participation à la course électorale et un large attrait pour l'électeurat. Par conséquent, la règle favorise les partis établis possédant des appuis étendus dans l'électeurat. Un système qui profite à de tels partis présente toutefois certains inconvénients en ce qu'il limite les possibilités pour les citoyens d'appuyer des petits partis dont le programme pourrait correspondre davantage à leurs priorités sur le plan politique. Par contre, il privilégie une valeur qui contribue à définir la représentation effective au Canada, soit l'agrégation de la volonté politique et le renforcement de la cohésion de celle-ci par rapport à l'esprit de « factionalisme ».

H. *L'agrégation des préférences politiques en tant que valeur présente dans l'histoire et les institutions politiques canadiennes*

Comme l'a fait observer la Juge en chef actuelle dans le *Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité, p. 185, « [I]es circonstances qui ont mené à l'adoption de la *Charte* contredisent toute intention de rejeter les institutions démocratiques existantes ». Je souscris aux affirmations de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans cette affaire selon lesquelles les inégalités de notre système électoral ne sont pas acceptables du seul fait qu'elles ont des précédents dans l'histoire, et une institution n'est pas constitutionnelle simplement parce qu'elle

soil in which the “living tree” that is the Canadian Constitution is rooted, while recognizing that the tree “must be capable of growth to meet the future” (*Saskatchewan Reference, supra*, at p. 180).

153 My conclusion that aggregation and cohesiveness form part of the many values that contribute to the meaning of democratic rights in Canada is supported by aspects of our history and existing institutions. Our political system is, and traditionally has been, characterized by other important features that correspond to this pattern of favouring political aggregation. On the spectrum of democratic political systems, from those that represent citizens in a more diverse and fragmented way to those where only a small number of mainstream parties has any significant presence in the political arena, the Canadian system is towards the latter end of the range. This has not come about by accident, but in part as a result of the deliberate design of our electoral infrastructure to confer advantages on mainstream political movements that are denied to parties on the political periphery.

154 Perhaps the most significant example is the structure of our system of voting. Canada is one of only a few major democracies to retain the Westminster first-past-the-post (“FPTP”) system. Many other democratic states use proportional representation or some form of mixed system. In comparison with those systems, FPTP creates a bias in favour of mainstream parties that represent the aggregated views of a broad section of society, and against smaller parties which provide a vehicle for dissent, advocate particular issues, or may be the precursors of mainstream political movements of the future. It does not make it impossible for the latter to participate, but it makes it more difficult for them to compete. Of the electoral systems used in democratic countries, FPTP is the least “fair”

existe. Tout comme ma collègue, je suis également d’avis que nous devrions considérer les institutions passées et présentes comme le sol dans lequel est enraciné « l’arbre » qu’est la Constitution du Canada, tout en reconnaissant que cet arbre « doit pouvoir croître pour faire face à l’avenir » (*Renvoi concernant la Saskatchewan*, précité, p. 180).

Ma conclusion que l’agrégation des préférences politiques et la cohésion font partie intégrante des différentes valeurs qui contribuent à définir les droits démocratiques au Canada s’appuie sur des aspects de notre histoire et de nos institutions actuelles. Notre système politique se caractérise, tant historiquement que de nos jours, par d’autres aspects importants qui correspondent à ce modèle favorisant l’agrégation des préférences politiques. Le continuum des régimes politiques démocratiques est constitué à une extrémité des systèmes représentant les citoyens d’une manière plus variée et fragmentée et à l’autre des systèmes où seulement un petit nombre de partis traditionnels ont une présence notable dans l’arène politique. Le système canadien se rapproche de cette seconde extrémité de ce continuum. Cette situation ne provient pas du hasard, mais résulte en partie du fait que notre infrastructure électorale a été délibérément aménagée de façon que les mouvements politiques traditionnels jouissent d’avantages par ailleurs refusés aux partis situés en périphérie du monde politique.

L’exemple le plus frappant se retrouve sans doute dans la structure de notre mode de scrutin. Le Canada est l’une des rares grandes démocraties à avoir conservé le système uninominal majoritaire à un tour (le « système majoritaire ») de Westminster. De nombreuses autres démocraties utilisent la représentation proportionnelle ou une certaine forme de système mixte. En comparaison de ces systèmes, le système majoritaire tend à favoriser les partis traditionnels qui représentent les opinions agréées d’un large segment de la société, et à défavoriser les petits partis qui constituent des véhicules de dissidence, défendent des questions précises ou peuvent être les précurseurs de futurs mouvements politiques traditionnels. Cette situation n’empêche pas complètement des partis du deuxième groupe

or proportional, in that it distorts the translation of votes into seats in favour of the largest parties (H. MacIvor, “A Brief Introduction to Electoral Reform”, in H. Milner, ed., *Making Every Vote Count: Reassessing Canada’s Electoral System* (1999), 19, at p. 21).

On the other hand, FPTP possesses other virtues that proportional or mixed systems exhibit to a lesser degree. Certain advantages flow from the fact that FPTP tends to exaggerate electoral majorities and so to produce majority governments. I recognize that, as my colleague notes, FPTP can produce coalition governments and has done so in this country on a number of occasions; nevertheless, it is more likely than other electoral systems to produce a majority government, while proportional representation almost invariably produces coalitions (MacIvor, *supra*, at pp. 28-29). Majority government is connected to the Canadian tradition of responsible government because a single party under a single identifiable leader is accountable for government policy (MacIvor, *supra*, at p. 29). Again, I would not suggest that responsible government is impossible when a minority or coalition government is elected, only that in our particular system majority governments may reasonably be seen as offering some advantage in this respect. Some observers also associate FPTP and majority governments with greater stability as compared to the most purely proportional systems.

Under FPTP, the most successful parties are those that represent a broad alliance of different communities of interest. Our electoral system thus encourages coalition building within rather than between

de participer au processus démocratique, mais ces derniers éprouvent en conséquence plus de difficultés à rivaliser avec leurs adversaires. Parmi les systèmes électoraux en vigueur dans les démocraties, le système majoritaire est le moins « équitable » ou proportionnel, en ce qu’il crée de la distorsion dans la façon dont les votes se traduisent en sièges, et ce au bénéfice des grands partis (H. MacIvor, « A Brief Introduction to Electoral Reform », dans H. Milner, dir., *Making Every Vote Count : Reassessing Canada’s Electoral System* (1999), 19, p. 21).

Par contre, le système majoritaire possède des vertus moins présentes dans les systèmes proportionnels ou mixtes. Par exemple, certains avantages découlent du fait que le système majoritaire tend à l’inflation des majorités électORALES, produisant ainsi plus facilement des gouvernements majoritaires. Je reconnaiss que, comme le souligne mon collègue, le système majoritaire peut entraîner la constitution de gouvernements de coalition et que cela s’est produit au Canada à quelques reprises. Néanmoins, le système majoritaire demeure plus susceptible que les autres systèmes électoraux de produire un gouvernement majoritaire, alors que la représentation proportionnelle conduit presque invariablement à des coalitions (MacIvor, *loc. cit.*, p. 28-29). La notion de gouvernement majoritaire reste ainsi étroitement liée à la tradition canadienne de gouvernement responsable, puisqu’un parti donné, dirigé par un chef unique dont on connaît l’identité, doit répondre des politiques gouvernementales (MacIvor, *loc. cit.*, p. 29). Je ne prétends pas par là, je tiens à le préciser, qu’un gouvernement responsable ne saurait exister lorsqu’un gouvernement de coalition ou minoritaire est élu. J’affirme seulement qu’on peut raisonnablement considérer que, dans notre système politique particulier, les gouvernements majoritaires présentent certains avantages à cet égard. Des observateurs notent également que le système majoritaire et les gouvernements majoritaires qu’il favorise assurent une plus grande stabilité en comparaison des formes les plus pures de systèmes proportionnels.

Dans les systèmes majoritaires, les partis qui obtiennent le plus de succès représentent une vaste alliance formée de différentes communautés d’intérêts. Notre système électoral favorise donc la

parties (by contrast, under proportional representation, coalitions are typically formed between parties in order to form a government after an election). One political scientist has argued that FPTP in combination with the special characteristics of the Canadian political landscape has fostered the development of “centrist, accommodative parties” that are particularly well-suited to representing a regionally, linguistically and culturally diverse country:

The fight has been for the middle, drawing the principal parties there with policies and leadership that were aimed, if the party was serious about gaining or retaining office, more at accommodating regional rivalries and linguistic differences than exacerbating them or trying to turn them to electoral advantage.

(J. C. Courtney, “Electoral Reform and Canada’s Parties”, in Milner, *supra*, 91, at p. 99)

157

The desirability of centrist, accommodative parties and the virtues of majority government are not truths universally acknowledged; the views I have referred to are value judgments on which there is vigorous debate. Many academics and political activists are critical of our electoral system and call for its reform. My point is simply that one can reasonably view FPTP as possessing the main virtue claimed for it, the virtue of fostering a strong political centre and reducing factionalism. And because our FPTP electoral system is one of Canada’s core political institutions, it is reasonable to conclude that this virtue remains consistent with certain values of our democratic culture — even if, bearing in mind that the Canadian concept of democracy embodies many competing values, it clashes with others. Certain aspects of the design of our political system appear to reflect a preference for the kind of party that has gained, in the words of the Lortie Commission, at p. 249, “relatively broad appeal for its program and ideas”.

création de coalitions à l’intérieur d’un même parti plutôt qu’entre divers partis (alors que, dans les systèmes de représentation proportionnelle, à l’opposé, les coalitions sont typiquement créées entre partis afin de former un gouvernement après l’élection). Un politologue affirme que, conjugué aux particularités de la scène politique canadienne, le système majoritaire favorise l’émergence de [TRADUCTION] « partis centristes et accommodants », particulièrement aptes à représenter les électeurs d’un pays caractérisé par sa diversité régionale, linguistique et culturelle :

[TRADUCTION] La lutte avait pour objectif le centre, où convergeaient les principaux partis dotés de politiques et d’un leadership qui, si le parti avait vraiment l’intention d’accéder au pouvoir et d’y rester, tendaient davantage à accommoder les rivalités et les différences linguistiques qu’à les exacerber ou à les exploiter politiquement.

(J. C. Courtney, « Electoral Reform and Canada’s Parties », dans Milner, *op. cit.*, 91, p. 99)

Le caractère souhaitable d’un système de partis centristes et accommodants pour un éventail étendu d’opinions ainsi que des vertus qui se rattachent aux gouvernements majoritaires ne saurait toutefois être assimilé à des vérités universellement admises. Les opinions que j’ai exposées constituent des jugements de valeur qui sont l’objet de débats vigoureux. Plusieurs auteurs et activistes politiques critiquent notre système électoral et en exigent la réforme. Simplement, j’affirme qu’on peut raisonnablement considérer que le système majoritaire possède la principale vertu qu’on lui prête, soit celle de favoriser un centre fort et de limiter la création de factions. Puisque notre système électoral majoritaire constitue l’une des principales institutions politiques au Canada, on peut conclure raisonnablement que cette vertu demeure compatible avec certaines valeurs de notre culture démocratique — même si, compte tenu du fait que la notion de démocratie au Canada englobe bon nombre de valeurs opposées, elle entre en conflit avec d’autres. Divers aspects de la structure de notre système politique semblent ainsi exprimer une préférence pour le genre de partis dont le programme a obtenu, pour reprendre les termes de la Commission Lortie, un « succès relativement large » (p. 259).

It should be emphasized that I do not intend to express any opinion about the consistency of our FPTP electoral system with s. 3 of the *Charter*. Any challenge to that system will have to be evaluated on its own merits. Nor would I wish to give the impression that I consider stability, majority governments or aggregation to be more important than fair participation. Nevertheless, within the boundaries set by the Constitution, it is the legislature's prerogative to choose whether to enhance these values over other democratic values, or not. Still less should I be taken as suggesting that FPTP or any feature of the electoral system that favours larger parties is constitutionally mandated. On the contrary, I would argue that the government has a fairly wide latitude in choosing how to design the electoral system and how to combine the various competing values at play.

The value of political aggregation runs through certain fundamental Canadian political institutions. As a result, it should be taken into account (although it should not, of course, be the only value taken into account) in determining the meaning of "effective representation" and the limits that s. 3 sets on the choices open to the government.

History and existing institutions help us to identify the philosophy underlying the development of the right to vote in this country (*Saskatchewan Reference*, *supra*, at p. 181). That philosophy appears to me to be one that comprises recognition of other values than individual participation — including the value of aggregation of political will, which has been a hallmark of the Canadian political system for so long.

The right of each individual to meaningful participation sets the limit on what is permissible, but up to that limit, many options might reflect quite different, but equally acceptable, versions of

Je tiens à souligner que je n'entends pas me prononcer d'aucune façon sur la compatibilité de notre système électoral avec l'art. 3 de la *Charte*. Toute contestation de ce système devra être examinée en fonction du fond du litige où la question se soulèvera. Je ne souhaite pas non plus donner l'impression que je considère la stabilité, les gouvernements majoritaires ou l'agrégation des préférences politiques comme des éléments plus importants que la possibilité équitable de participer au processus démocratique. Néanmoins, dans les limites établies par la Constitution, le législateur a le privilège de décider de favoriser ces valeurs par rapport à d'autres valeurs démocratiques. Je voudrais encore moins que l'on interprète mes propos comme signifiant que la Constitution prescrit le système majoritaire ou tout autre aspect du système électoral qui favorise les grands partis. Au contraire, à mon avis, le gouvernement dispose d'une assez grande latitude pour décider comment structurer le système électoral et comment agencer les différentes valeurs opposées qui sont en jeu.

La valeur que constitue l'agrégation des préférences politiques se reflète dans certaines institutions politiques fondamentales au Canada. En conséquence, il convient d'en tenir compte (quoique, manifestement, elle ne doive pas être la seule valeur prise en considération) pour dégager le sens de la notion de « représentation effective » et les limites que l'art. 3 impose quant aux choix que peut faire le gouvernement.

L'histoire et les institutions actuelles nous aident à reconnaître les principes philosophiques qui sous-tendent l'évolution du droit de vote dans notre pays (*Renvoi concernant la Saskatchewan*, *pré-cité*, p. 181). Cette philosophie semble, selon moi, reconnaître d'autres valeurs en plus de la participation individuelle — notamment l'agrégation de la volonté politique, qui constitue depuis très longtemps un trait distinctif du système politique canadien.

Le droit que possède toute personne de participer utilement au processus démocratique délimite ce qui est permis, mais, en deçà de cette limite, il existe un certain nombre de solutions reflétant des

158

159

160

161

democratic representation. Within constitutional limits, the choice among these options should be viewed as a matter of political and philosophical preference in which it is not this Court's role to intervene. The Constitution of Canada does not require a particular kind of democratic electoral system, whether it is one that emphasizes proportionality and the individual aspects of participation or one that places more emphasis on centrism and aggregation, to be frozen in place. It does require courts to be vigilant in ensuring that the system does not unduly compromise any of the values comprised within the concept of effective representation — especially the primary value of individual participation in fair elections on a basis of relative equality.

I. *Regional Representation*

162 So far I have discussed two aspects of representation that are implicated by the provisions challenged in this appeal: individual participation, which the legislation undermines, and aggregation, which it tends to enhance. In my view, a third factor is also at play: regional representation.

163 On the basis of Canadian history, existing political institutions and certain statements of this Court, I would conclude that one component of effective representation is the interest of citizens in being represented as members of regionally or territorially defined communities. This argument may appear hard to reconcile with my position that aggregation of interests and alliance building between distinct communities is also a value that plays a part in defining Canadian democracy. I view this difficulty as an example of the complex and even somewhat paradoxical nature of the concept of meaningful participation, which represents a compromise between competing objectives. Regionally or geographically

variantes très différentes — bien que toutes aussi acceptables les unes que les autres — de la représentation démocratique. Dans la mesure où il respecte les limites fixées par la Constitution, le choix entre ces diverses solutions doit être considéré comme une question de préférence politique et philosophique à l'égard de laquelle notre Cour ne doit pas intervenir. La Constitution du Canada n'exige pas un système électoral démocratique particulier — que ce soit un système favorisant la proportionnalité et les aspects individuels de la participation au processus démocratique ou un système insistant davantage sur le centrisme et l'agrégation des préférences politiques — et ne commande pas que ce système soit immuable. Elle oblige toutefois les tribunaux à faire preuve de vigilance et à veiller à ce que le système choisi n'affaiblisse pas indûment l'une ou l'autre des valeurs qu'englobe la notion de la représentation effective — surtout la valeur essentielle que constitue la participation individuelle à des élections équitables dans le respect du principe de l'égalité relative.

I. *La représentation régionale*

Jusqu'à maintenant, j'ai examiné deux aspects de la représentation qui sont visés par les dispositions contestées en l'espèce : la participation individuelle, que les dispositions contestées affaiblissent, et l'agrégation des préférences politiques, que ces dernières tendent plutôt à renforcer. À mon avis, un troisième facteur entre également en jeu : la représentation régionale.

À la lumière de l'histoire canadienne, des institutions politiques actuelles et de certains énoncés de notre Cour, il appert qu'un des éléments de la représentation effective est l'intérêt des citoyens d'être représentés en tant que membres d'une collectivité définie en fonction d'une région ou d'un territoire. Cet argument peut sembler difficile à concilier avec ma position selon laquelle l'agrégation des intérêts et la création d'alliances entre des collectivités distinctes constituent également une valeur qui joue un rôle dans la définition de la démocratie canadienne. Cette difficulté illustre selon moi la nature complexe et même quelque peu paradoxale de la notion de participation utile au processus démocratique, qui

defined representation can also conflict with the value of individual participation on an equal footing, as is the case when some votes are given more weight than others so as to ensure that numerically smaller regions have an audible voice.

Perhaps the most significant manifestation of the importance of political representation of regional interests in Canada is our federalist system. Federalism was adopted at Confederation in spite of the push by some politicians for “legislative union”—a single central government elected by a nationwide majority. The proponents of legislative union eventually accepted that neither Lower Canada nor the Maritime provinces would accept such an arrangement, in which the power of greater population might overwhelm and eradicate their distinct communities. During the Confederation Debates in Parliament, Sir John A. Macdonald stated that “any proposition which involved the absorption of the individuality of Lower Canada . . . would not be received with favor by her people” and in the Maritime provinces, although they shared a language and a system of law with Upper Canada, “there was as great a disinclination . . . to lose their individuality, as separate political organizations” (Speech of John A. Macdonald on Monday, February 6, 1865, cited in the *Parliamentary Debates on the subject of the Confederation* (1865), at p. 29).

Macdonald and the other Fathers of Confederation recognized that the very possibility of union depended on a compromise between rule by a national majority and preserving the “individuality” of the separate political communities that made up the new nation. Federalism was seen not just as a pragmatic solution but as necessary to ensure fairness to the various regional communities. In the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“Secession Reference”), at para. 43, this Court described the division of powers between

représente un compromis entre des objectifs opposés. La représentation régionale ou géographique peut elle aussi s’opposer, en tant que valeur équivalente, à la participation individuelle, comme cela se produit lorsque le vote de certains électeurs se voit accorder plus de poids que celui des autres afin de garantir aux régions moins populeuses la possibilité de se faire entendre plus efficacement.

Notre système fédéraliste représente peut-être la manifestation la plus remarquable de l’importance attachée à la représentation politique des intérêts régionaux au Canada. Le fédéralisme a été adopté à l’occasion de la Confédération, malgré les pressions exercées par certains politiciens en faveur de la création d’une « union législative » — c’est-à-dire un gouvernement central unique élu par la majorité de la population canadienne. Les partisans de l’union législative ont fini par céder que ni le Bas-Canada ni les provinces maritimes n’accepteraient ce genre d’arrangement, où le poids de l’ensemble de la population risquerait d’étouffer et d’éliminer leurs collectivités distinctes. Au cours des débats qui se sont déroulés au Parlement relativement à la Confédération, sir John A. Macdonald a d’ailleurs déclaré que « toute proposition qui impliquerait l’absorption de l’individualité du Bas-Canada, ne serait pas reçue avec faveur par le peuple de cette section » et, dans les provinces maritimes, bien que la langue et le système juridique fusent les mêmes que dans le Haut-Canada, « il n’y avait [. . .] aucun désir de perdre leur individualité comme nation » (discours de John A. Macdonald, lundi le 6 février 1865, cité dans *Débats parlementaires sur la question de la Confédération* (1865), p. 30).

Macdonald et les autres Pères de la Confédération ont reconnu que la possibilité même d’une union dépendait d’un compromis entre le gouvernement du pays par une majorité nationale et le maintien de l’« individualité » des diverses collectivités politiques formant la nouvelle nation. Le fédéralisme était perçu non seulement comme une solution pragmatique mais également comme une mesure nécessaire pour garantir l’équité aux différentes collectivités régionales. En conséquence, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2

federal and provincial levels of government as “a legal recognition of the diversity that existed among the initial members of Confederation”, which “manifested a concern to accommodate that diversity within a single nation”.

166 Another institution which embodies this principle of regional representation is the Senate, where seats are allocated between four regions of the country. And even in the House of Commons, regional interests play a part in the allocation of seats. The “Senator[ial] clause” (s. 51A), added in 1915 to the representation formula in the *Constitution Act, 1867*, ensures that no province will have fewer seats in the House of Commons than it has in the Senate (at the time this change had the effect of guaranteeing that Prince Edward Island would have four seats although its population would have given it only three under the old rules).

167 These features of Canada’s history and political institutions indicate that fair democratic representation in this country includes representation of the distinctive interests of regional groups. I find support for this conclusion in some of this Court’s statements on the relationship between federalism and democracy, particularly in the *Secession Reference, supra*. The Court portrayed the underlying principles of the Constitution, including federalism and democracy, as existing in symbiosis: “[n]o single principle can be defined in isolation from the others, nor does any one principle trump or exclude the operation of any other” (para. 49). This suggests that federalism, with its concern for preserving the distinctive interests of regional groups, helps to define Canadian democracy.

168 In the *Charter* era, it has been suggested that the importance of regionalism and federalism has been attenuated by the affirmation of the sovereign worth of the individual and by the protection of minority communities defined by shared characteristics such as gender and race (see A. C. Cairns, “The Charter and the Constitution Act, 1982”, in R. S. Blair and

R.C.S. 217 (« *Renvoi sur la sécession* »), par. 43, notre Cour a noté le partage des pouvoirs comme « une reconnaissance juridique de la diversité des premiers membres de la Confédération, et [qu’]il témoignait du souci de respecter cette diversité au sein d’une seule et même nation ».

Une autre institution qui incarne ce principe de la représentation régionale est le Sénat, où les sièges sont répartis entre les quatre régions de notre pays. Même à la Chambre des communes, les intérêts régionaux jouent un rôle dans la répartition des sièges. Selon la « clause relative au Sénat » (art. 51A) ajoutée en 1915 à la formule initiale de représentation prévue par la *Loi constitutionnelle de 1867*, aucune province ne peut avoir moins de sièges à la Chambre des communes qu’elle n’en possède au Sénat (à l’époque, cette modification a eu pour effet de garantir quatre sièges à l’Île-du-Prince-Édouard même si, selon les anciennes règles, sa population ne lui aurait permis d’en obtenir que trois).

Ces caractéristiques de l’histoire et des institutions politiques du Canada confirment que la notion de représentation démocratique équitable dans notre pays inclut la représentation des intérêts particuliers des groupes régionaux. Cette conclusion est, selon moi, étayée par certains énoncés de notre Cour sur le lien entre le fédéralisme et la démocratie, particulièrement dans le *Renvoi sur la sécession*. Notre Cour a alors affirmé que les principes à la base de la Constitution, y compris le fédéralisme et la démocratie, existaient en symbiose : « [a]ucun de ces principes ne peut être défini en faisant abstraction des autres, et aucun de ces principes ne peut empêcher ou exclure l’application d’aucun autre » (par. 49). Cette affirmation suggère que le fédéralisme — et l’attention qu’il porte à la protection des intérêts particuliers des groupes régionaux — contribue à définir la démocratie canadienne.

En cette ère marquée par la *Charte*, certains prétendent que l’importance du régionalisme et du fédéralisme a été atténuée par la confirmation de la suprématie de l’individu et par la protection des communautés minoritaires définies en fonction de caractéristiques communes comme le sexe ou la race (voir A. C. Cairns, « The Charter and the

J. T. McLeod, eds., *The Canadian Political Tradition: Basic Readings* (2nd ed. 1993), 62). Nevertheless, federalism and regional representation remain important concepts in defining the nature of political rights in this country. The nature of the individual and democratic rights enshrined in the *Charter* cannot be understood without awareness of this aspect of the political culture in which those rights are rooted. As J.-F. Gaudreault-DesBiens observes (“La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme: quelques remarques sur les vingt premières années d'une relation ambiguë”, [2003] *R. du B.* 271, at p. 297), [TRANSLATION] “Federalism plays a direct role in shaping the particular brand of democracy that exists in Canada. Its presence is in some sense encoded in the very idea of democracy referred to in s. 1 [and, I would add, by the democratic rights in s. 3] of the *Charter*.¹⁶⁹”

These observations suggest that one of the components of the right to meaningful participation is the right to have one's voice heard as a member of the regional community to which one belongs. The constitutional guarantee of effective representation includes a right to a certain degree of recognition of the individual voter's interests as a Manitoban, or a Maritimer, or a Quebecker, and it suggests a floor of relative equality between the different provinces and regions of the country which cannot be completely cancelled out by a nationwide numerical majority. This aspect of effective representation is far from being an absolute right, and its weight should not be overstated at the risk of trumping core concerns such as fairness as between individual voters. But it is one of the values to be taken into account in defining meaningful representation and determining whether government action offends s. 3.

J. Assessing the 50-Candidate Rule

I now turn to the application of these principles to the legislation which is the subject of this constitutional challenge. Taking all the relevant factors into account, I would conclude that the

Constitution Act, 1982 », dans R. S. Blair et J. T. McLeod, dir., *The Canadian Political Tradition : Basic Readings* (2^e éd. 1993), 62). Néanmoins, le fédéralisme et la représentation régionale demeurent des notions importantes pour définir la nature des droits politiques au Canada. On ne peut saisir la nature des droits individuels et démocratiques garantis par la *Charte* sans tenir compte de cet aspect de la culture politique dans laquelle les droits sont enracinés. Comme l'a fait observer J.-F. Gaudreault-DesBiens (« La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme : quelques remarques sur les vingt premières années d'une relation ambiguë », [2003] *R. du B.* 271, p. 297) : « [I]l fédéralisme participe directement au type particulier de démocratie qui existe au Canada. Sa présence est en quelque sorte encodée dans l'idée même de démocratie à laquelle renvoie l'article premier [et, j'ajouterais, par les droits démocratiques garantis à l'art. 3] de la *Charte*. »

Ces observations paraissent indiquer que l'un des éléments du droit de participer utilement au processus démocratique s'identifie au droit de se faire entendre en tant que membre d'une collectivité régionale. La garantie constitutionnelle de représentation effective emporte le droit de tout électeur à un certain degré de reconnaissance de ses intérêts en tant que résident du Manitoba, d'une province maritime ou du Québec, et elle sous-entend l'existence d'une égalité relative minimale entre les différentes provinces et régions du pays qui ne peut être entièrement écartée par une majorité numérique à l'échelle nationale. Cet aspect de la représentation effective ne doit pas être élevé au niveau d'un droit absolu. Sa valeur ne devrait pas être exagérée au risque d'éclipser des préoccupations fondamentales telle l'équité entre les électeurs. Il s'agit toutefois d'une des valeurs qui doit être prise en compte pour définir la notion de représentation utile et pour déterminer si la mesure gouvernementale viole l'art. 3.¹⁷⁰

J. L'évaluation de la règle des 50 candidatures

J'examinerai maintenant l'application de ces principes aux dispositions législatives visées par la présente contestation constitutionnelle. Compte tenu de tous les facteurs pertinents, j'estime que la

requirement of nominating 50 or more candidates to gain access to the benefits at issue in this appeal compromises the competitive position of some candidates, and their supporters' freedom of choice, to such an extent that it denies those individuals the opportunity for meaningful participation.

171 Iacobucci J. has cogently demonstrated that this measure undermines the capacity of some individuals to participate in the political process. The penalties for failing to meet the 50-candidate threshold are quite severe, and they impose a considerable disadvantage on parties that lose their registered status. The respondent argues that it is relatively easy for parties to meet the threshold. Following legislative amendments in 2000, the deposit of \$1,000 required for each candidate is now fully refundable on compliance with reporting requirements, so that a party would have to do no more than borrow \$50,000 and collect the requisite number of signatures in order to nominate 50 candidates. In purely monetary terms, perhaps the obstacles are not difficult to surmount. But the 50-candidate requirement is a distraction and a burden for parties committed to running serious campaigns in a few ridings, because they have to field a slate of other candidates in constituencies where they have no intention of running a real campaign simply in order to secure a place on the registry.

172 On the other hand, by benefiting mainstream parties with a broad base of support, the legislation contributes to the important democratic value of aggregating political preferences. It also plays some part furthering the laudable objectives of the Barbeau Committee, by helping to identify authentic parties with a commitment to electoral competition and a substantial political agenda.

173 The 50-candidate rule is not, however, a perfect tool for these purposes. Generally speaking there

condition exigeant la présentation d'au moins 50 candidats, qui doit être respectée pour bénéficier des avantages en litige dans le présent pourvoi, nuit à la compétitivité de certains candidats et porte atteinte à la liberté de choix de leurs partisans, à un point tel qu'elle prive ces personnes de la possibilité de participer utilement au processus démocratique.

Le juge Iacobucci a fort pertinemment démontré que cette mesure réduisait la capacité de certaines personnes de participer au processus politique. Les sanctions prévues en cas de non-respect du critère des 50 candidatures sont assez sévères, et elles imposent un désavantage considérable aux partis qui perdent leur enregistrement. L'intimé soutient qu'il est assez facile aux partis de satisfaire à ce critère. Après les modifications législatives apportées en 2000, le dépôt de 1 000 \$ demandé à l'égard de chaque candidat est maintenant entièrement remboursé moyennant respect des obligations prévues en matière de déclaration, de sorte qu'il suffit au parti d'emprunter 50 000 \$ et de recueillir le nombre requis de signatures pour présenter 50 candidats. D'un point de vue strictement financier, ces obstacles ne sont sans doute pas difficiles à surmonter. Toutefois, l'obligation de présenter 50 candidats représente une contrariété et un fardeau pour les partis qui sont déterminés à faire campagne sérieusement dans quelques circonscriptions. En effet, elle les oblige — à seule fin d'obtenir leur inscription dans le registre — à présenter un contingent de candidats dans d'autres circonscriptions où ils n'ont pas l'intention de mener une véritable campagne.

Par ailleurs, du fait qu'elles profitent aux partis traditionnels disposant de larges appuis, les dispositions législatives contestées contribuent à l'importante valeur démocratique qu'est l'agrégation des préférences politiques. Elles contribuent également dans une certaine mesure à la réalisation des objectifs louables formulés par le Comité Barbeau, du fait qu'elles aident à identifier les véritables partis, ceux qui sont déterminés à participer à la course électorale et qui possèdent un programme politique sérieux.

Toutefois, la règle des 50 candidatures n'est pas l'outil idéal pour réaliser ces objectifs. En général,

is some relationship between a party's decision to run a candidate in a riding and its level of support there, but nominating a candidate is not necessarily an indication that a party has any support in the constituency. The rule is potentially subject to manipulation, and it can be both overinclusive and underinclusive. It has permitted the registration of parties that, at least for a number of citizens of Canada, would be viewed as far removed from the mainstream of Canadian politics or as single-issue movements. It is also capable of shutting out parties that do have a fully developed political platform and a genuine interest in electoral competition. The Communist Party of Canada, struck from the registry in 1993 (and reinstated in 2000), is an example: it has a long record of participation and even of some success in elections, and its platform, while certainly not in the Canadian mainstream, is based on what has been one of the world's major political philosophies.

Finally, the 50-candidate rule conflicts with the principle of regional representation because of its disparate impact on different provinces and regions of the country. As the appellant points out in his factum, the rule "encourages the formation of a Bloc Québécois or Western Canada Concept, but effectively prevents a 'Bloc BC' or 'Atlantic Canada Concept'".

When the registration system was adopted, the government originally proposed a higher number of 75 candidates, on the grounds that registration was meant only for "national" parties (*House of Commons Debates*, vol. VIII, 2nd Sess., 28th Parl., June 23, 1970, at p. 8509, *per* Hon. Donald Macdonald). According to the Crown's expert Professor Aucoin, the government recognized that a party could meet this requirement by fielding candidates only in Ontario, but "was willing to accept this risk". A legislative committee proposed an amendment adopting a lower threshold of 10 per cent of constituencies, but ultimately an amendment was

il existe un certain lien entre la décision d'un parti de présenter un candidat dans une circonscription donnée et l'ampleur de l'appui dont jouit ce parti à cet endroit, mais la présentation d'un candidat n'indique pas nécessairement que le parti jouit d'appuis dans cette circonscription. La règle reste toutefois vulnérable aux manipulations et elle peut s'avérer à la fois trop inclusive et trop exclusive. En effet, elle a permis l'enregistrement de partis qui, du moins pour un certain nombre de citoyens canadiens, seraient considérés comme des mouvements très éloignés des tendances politiques traditionnelles de la politique canadienne ou qui ne défendent qu'une seule cause. Elle peut également exclure des partis qui possèdent un programme politique élaboré et qui sont réellement intéressés à participer à la course électorale. Le Parti communiste du Canada, rayé du registre en 1993 (et réinscrit en 2000), en est un exemple : il participe depuis longtemps aux élections et il a même connu certains succès électoraux, et, bien que son programme électoral ne se situe certes pas dans le courant dominant de la politique canadienne, il est fondé sur l'une des principales philosophies politiques du monde.

Enfin, la règle des 50 candidatures contrevient au principe de la représentation régionale en raison de l'effet différent qu'elle produit dans diverses provinces et régions du pays. Comme le souligne l'appellant dans son mémoire, cette règle [TRADUCTION] « encourage la formation d'un Bloc Québécois ou d'un Western Canada Concept mais empêche, dans les faits, la création d'un "Bloc BC" ou un "Atlantic Canada Concept" ».

Au moment de l'adoption du régime d'enregistrement, le gouvernement avait initialement proposé un seuil plus élevé, soit 75 candidats, affirmant que l'enregistrement était destiné uniquement aux partis dits « nationaux » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 2^e sess., 28^e lég., 23 juin 1970, p. 8509, propos de l'hon. Donald Macdonald). Selon le professeur Aucoin, témoin expert de la Couronne, le gouvernement a reconnu qu'un parti pouvait satisfaire à cette exigence en présentant uniquement des candidats en Ontario, mais qu'il [TRADUCTION] « était prêt à accepter ce risque ». Un comité législatif a proposé une modification

passed adopting the threshold of 50 candidates, which was a compromise between the two positions. As Professor Aucoin observes in his affidavit, the government's "willingness to compromise on 50 meant that it was willing to accept that a party could also be formed with candidates nominated only in Quebec".

176 Whatever the pragmatic considerations in favour of that compromise, it has created unfairness for the provinces other than Ontario and Quebec. A rule encouraging parties that represent a national perspective might, depending on its other effects, be an acceptable stricture. But a rule that makes a gesture towards reserving the privileges of registration for national parties, while in fact allowing registration of single-province parties only from the two most populous provinces, is at variance with the principle that a basic level of equality between the provinces and regions of the country is protected by the Constitution. Considering the matter from the perspective of (for example) a voter from one of the Maritime provinces, this measure might be perceived as a government-created advantage to central Canada, compounding the existing advantage of greater population, and so detrimental to that voter's political importance in comparison to a voter from Quebec or Ontario as in effect to deny his or her right to meaningful participation and effective representation.

177 For these reasons, I concur with my colleague's opinion that the legislation infringes s. 3. and I agree with the remedy he proposes.

K. *Justification and the Institutional Role of the Court*

178 In my view, the justifications advanced by the government for the 50-candidate rule are relevant

retenant le seuil moins élevé de 10 pour cent des circonscriptions, mais une modification fixant le seuil de 50 candidats a finalement été adoptée. Il s'agissait d'un compromis entre les deux positions. Comme l'a fait observer le professeur Aucoin dans son affidavit, [TRADUCTION] « le fait que le gouvernement était disposé à accepter un compromis de 50 candidats signifie qu'il était prêt à accepter la possibilité qu'un parti soit formé en présentant des candidats seulement au Québec ».

Sans égard aux considérations pragmatiques qui militaient en faveur de ce compromis, ce dernier a créé une situation injuste pour les provinces autres que l'Ontario et le Québec. Une règle qui favorise les partis représentant des intérêts à l'échelle nationale peut, sous réserve de ses autres effets, constituer une restriction acceptable. Toutefois, n'est pas conforme au principe selon lequel la Constitution garantit un degré minimal d'égalité entre les différentes provinces et régions du pays une règle qui, bien que censée réservier les priviléges de l'enregistrement aux partis nationaux, permet dans les faits — mais uniquement dans les deux provinces les plus populeuses — l'enregistrement de partis défendant les intérêts d'une seule province. En considérant la question du point de vue de l'électeur habitant (par exemple) une des provinces maritimes, on constate que cette mesure pourrait être perçue comme un avantage accordé par le gouvernement aux provinces centrales. Elle vient en effet renforcer l'avantage que leur confère déjà leur population plus nombreuse, et qui porte une atteinte si grande à son importance politique, comparativement à celle d'un électeur québécois ou ontarien, qu'elle prive concrètement l'électeur des autres provinces de son droit de participer utilement au processus démocratique et de son droit à une représentation effective.

Pour ces motifs, je souscris à l'opinion de mon collègue selon laquelle les dispositions législatives contestées violent l'art. 3 et je suis d'accord avec la réparation qu'il propose.

K. *La justification et le rôle institutionnel de notre Cour*

À mon avis, les justifications avancées par le gouvernement à l'égard de la règle des 50 candidatures

to the infringement stage of the analysis, and I have given them due consideration in that context. As a result, little remains to be said in defence of the legislation in connection with s. 1. I would not rule out the possibility that in another case a non-literal infringement of s. 3 could be justified by pressing and substantial collective concerns. In this case, however, my finding that the legislation infringes s. 3 essentially amounts to a conclusion that it is inconsistent with the values of Canadian democracy. It is hard to see how it could nevertheless be shown to be "justified in a free and democratic society".

Were I to proceed with a full s. 1 analysis, however, I would see no reason to doubt that the government's objectives are pressing and substantial. In my view, this is not one of the rare class of cases where the very purpose of the law is contrary to constitutional or democratic norms.

I question the suggestion that favouring large parties with a broad base of support over marginal parties is discordant with, even antithetical to, the principles integral to a free and democratic society. As I have observed, our electoral system tends to reward parties that appeal to the political mainstream and whose support is spread out across the nation, and to penalize parties that appeal to more particularized interests. This is a feature of Canadian democracy which is apparent in the design of core political institutions. It has contributed to a tradition of centrism and coalition building within political parties, and this has facilitated the harmonious democratic governance of a highly diverse nation with no shortage of centrifugal political pressures. The values furthered by the legislation are consistent with some of the foundational principles on which our particular free and democratic society is based.

sont pertinentes dans le volet de l'analyse relatif à l'atteinte, et j'en ai dûment tenu compte dans ce contexte. En conséquence, il reste peu à dire pour défendre les dispositions législatives au regard de l'article premier. Je n'écarte pas la possibilité que, dans une autre affaire, une atteinte non expresse à l'art. 3 puisse être justifiée par des préoccupations collectives urgentes et réelles. En l'espèce toutefois, ma conclusion que les dispositions législatives violent l'art. 3 revient essentiellement à conclure qu'elles sont incompatibles avec les valeurs de la démocratie canadienne. Il est en conséquence difficile d'imaginer comment leur « justification [pourrait] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

Cependant, si je devais procéder à l'analyse complète requise par l'article premier, je ne verrais aucune raison de mettre en doute le caractère urgent et réel des objectifs du gouvernement. À mon avis, nous ne sommes pas en présence d'une de ces rares affaires où l'objet même de la loi est contraire aux normes constitutionnelles ou démocratiques.

Je considère discutable la suggestion selon laquelle le fait de favoriser les grands partis jouissant de larges appuis par rapport aux partis marginaux est incompatible avec les principes qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique et même qu'elle va à l'encontre de ces principes. Comme je l'ai fait remarquer plus tôt, notre système électoral tend à récompenser les partis qui ont une clientèle appartenant aux tendances politiques traditionnelles et qui jouissent d'appuis dans les diverses régions du pays, et à pénaliser ceux dont la clientèle partage des intérêts plus restreints. Il s'agit là d'une caractéristique de la démocratie canadienne qui ressort clairement de la structure des principales institutions politiques. Elle a contribué au développement de la tradition de centrisme et de création de coalitions au sein des partis politiques, situation qui a permis qu'une nation très diversifiée et soumise à de nombreuses pressions politiques centrifuges comme le Canada soit néanmoins gouvernée d'une manière harmonieuse et démocratique. Les valeurs ainsi renforcées par les dispositions législatives contestées demeurent compatibles avec quelques-uns des principes fondamentaux qui constituent les assises de notre société libre et démocratique.

179

180

181 Furthermore, I have difficulty with the notion that the Crown should be required to demonstrate that the electoral system Parliament has adopted results in “substantially better governance” (Iacobucci J., at para. 89) than an alternative system. My concern is not only that it is hard to imagine how one could prove empirically that one form of government is better than another. More importantly, the definition of “good” or “better” government is not something that should be fixed as a legal standard. It is a question on which vigorous disagreement between reasonable people may and does arise. Indeed, disagreement on this question is often one of the hallmarks of a democracy. My remarks are of course subject to the proviso that Canadians are committed, both as a matter of political tradition and constitutionally, to a democratic form of government. But within the category of democratic government, many variations may be found with quite different characteristics, and choosing one over another is a matter of choice between political values.

182 In suggesting that the motive behind the legislation may itself be illegitimate, the Court risks unduly expanding the scope of judicial review of the design of the electoral system. I would sound a note of caution against blurring the distinction between the respective roles of the Court and the legislature in dealing with a question which, while it certainly has legal dimensions, is also profoundly political. Within certain boundaries, which it is the responsibility of the judiciary to delineate, balancing competing democratic values and choosing between the various species of democratic electoral systems primarily fall within the domain of political debate and of the legislative process. Those boundaries should be viewed as fairly broad. They allow for a good deal of latitude within which the people, through their elected lawmakers, may choose rules and institutions that enhance certain aspects of the

En outre, je comprends difficilement pourquoi la Couronne devrait être tenue de démontrer que le système électoral adopté par le Parlement conduit à « une bien meilleure administration du pays » (le juge Iacobucci, par. 89) qu'un autre système. Mes réserves ne découlent pas seulement du fait qu'il est difficile d'imaginer comment on réussirait à prouver de façon empirique qu'une forme de gouvernement est meilleure qu'une autre. Mais, considération plus importante encore, la définition d'un « bon » gouvernement ou d'un « meilleur » gouvernement ne devrait pas être arrêtée au moyen d'une norme juridique. Il s'agit d'une question qui peut susciter — et qui de fait suscite — de vifs désaccord entre des personnes raisonnables. De fait, l'existence de désaccords sur cette question représente souvent l'une des caractéristiques distinctives d'une démocratie. Ces remarques tiennent évidemment compte du fait que les Canadiens sont acquis, tant du point de vue des traditions politiques que sur le plan constitutionnel, à une forme de gouvernement démocratique. Toutefois, dans la catégorie des gouvernements démocratiques, plusieurs variantes présentent des caractéristiques différentes. Le choix de l'une d'entre elles de préférence à l'autre exprime alors une option entre des valeurs politiques concurrentes.

En suggérant que la motivation à la base des dispositions législatives contestées puisse elle-même ne pas être légitime, notre Cour risque d'élargir indûment la portée du contrôle judiciaire de la structure du système électoral. Il faut selon moi faire montre de prudence afin de ne pas brouiller la distinction entre les rôles respectifs de notre Cour et du législateur dans l'examen d'une question qui, malgré ses dimensions juridiques évidentes, demeure en outre éminemment politique. Dans certaines limites, qu'il incombe au pouvoir judiciaire de fixer, la conciliation de valeurs démocratiques opposées et le choix entre différents systèmes électoraux démocratiques relèvent avant tout du débat politique et du processus législatif. Ces limites doivent être considérées comme assez larges. À l'intérieur de celles-ci, les citoyens doivent disposer d'une assez grande latitude, qui leur permette de choisir, par l'entremise des députés qu'ils ont élus, des règles et des institu-

democratic right to meaningful participation and diminish others.

The *Charter* mandates that whatever system is adopted must respect the right of each individual to meaningful participation. But we should be circumspect about defining that right too inflexibly, lest legitimate political debate on the issues be impeded. The possibility of dialogue between courts and legislatures on the meaning of the right to vote may be unduly constrained if this Court declares that certain values, even though they have long been part of our political tradition, must be excluded from consideration in the interpretation and application of s. 3 of the *Charter*.

tions qui renforcent certains aspects du droit démocratique de participer utilement au processus démocratique, même si elles en affaiblissent d'autres.

La *Charte* prescrit que, quel que soit le système électoral adopté, celui-ci doit respecter le droit de tout individu de participer utilement au processus démocratique. Toutefois, il faudrait prendre soin de ne pas définir ce droit de façon trop rigide, de crainte d'empêcher la tenue d'un débat politique légitime sur les différents enjeux d'une réforme du système électoral. La possibilité d'un dialogue entre les tribunaux et les législateurs quant au sens à donner au droit de vote pourrait être indûment restreinte si notre Cour déclare que certaines valeurs, bien qu'appartenant depuis longtemps à notre tradition politique, ne doivent pas être prises en considération dans l'interprétation et l'application de l'art. 3 de la *Charte*.¹⁸³

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitors for the appellant: Roach, Schwartz & Associates, Toronto.

Procureurs de l'appelant : Roach, Schwartz & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Tab 5

**Ontario Public Service Employees' Union,
Marie Wilkinson, Edward E. Faulknor and
Russell B. Smith *Appellants***

v.

Attorney General for Ontario *Respondent*
and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General of Quebec, the Attorney
General of Nova Scotia, the Attorney General
for New Brunswick, the Attorney General of
British Columbia, the Attorney General for
Saskatchewan and the Attorney General for
Alberta *Intervenors***

INDEXED AS: OPSEU v. ONTARIO (ATTORNEY
GENERAL)

File No.: 16464.

1986: March 18, 19; 1987: July 29.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre,
Chouinard*, Lamer, Le Dain and La Forest JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

*Constitutional law — Division of powers — Province
restricting political activity of provincial civil servants
and Crown employees in federal elections — Whether
or not restrictions intra vires the province — Constitution
Act, 1867, ss. 91, 92(1), (4), (13) — Constitution
Act, 1982, s. 45 — The Public Service Act, R.S.O.
1970, c. 386, ss. 12(1), (2), (3), (4), (5), 13(1), (2), 14, 15,
16, now R.S.O 1980, c. 418.*

The Ontario Public Service Employees' Union is bargaining agent for Government of Ontario employees subject to *The Public Service Act* and each of the individual appellants is a Crown employee, a civil servant and a member of the appellant union. Each individual appellant wishes to engage in political activities currently prohibited by *The Public Service Act*, including: running for election to Parliament without taking a leave of absence; canvassing and soliciting funds on behalf of federal political parties; and expressing opinions in public on federal political issues. The appellants are concerned that pursuit of these political

**Syndicat des employés de la Fonction
publique de l'Ontario, Marie Wilkinson,
Edward E. Faulknor et Russell B. Smith
*Appelants***

a
c.

Le procureur général de l'Ontario *Intimé*
et

b
Le procureur général du Canada, le procureur
général du Québec, le procureur général de la
Nouvelle-Écosse, le procureur général du
Nouveau-Brunswick, le procureur général de
c la Colombie-Britannique, le procureur général
de la Saskatchewan et le procureur général de
l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: SEFPO c. ONTARIO (PROCUREUR
GÉNÉRAL)

d
Nº du greffe: 16464.

1986: 18, 19 mars; 1987: 29 juillet.

e
Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz,
McIntyre, Chouinard*, Lamer, Le Dain et La Forest.

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

f
Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs —
Restriction par une province des activités politiques des
fonctionnaires et employés de Sa Majesté dans le cadre
d'élections fédérales — Ces restrictions relèvent-elles
de la compétence de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92(1), (4), (13) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 45 — The Public Service Act, R.S.O. 1970, chap. 386, art. 12(1), (2), (3), (4), (5), 13(1), (2), 14, 15, 16, maintenant R.S.O. 1980, chap. 418.

g
h
i
j
Le Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario est l'agent négociateur des employés du gouvernement de l'Ontario qui sont assujettis à *The Public Service Act* et chacun des appellants est un employé de Sa Majesté, un fonctionnaire et un membre du syndicat appellant. Chacun d'eux souhaite exercer des activités politiques présentement interdites par *The Public Service Act*, dont la possibilité de se porter candidat à des élections fédérales sans avoir à prendre un congé à cette fin, celle de faire du démarchage et de solliciter des fonds pour des partis politiques fédéraux et celle de prendre position publiquement sur des questions politi-

* Chouinard J. took no part in the judgment.

* Le juge Chouinard n'a pas pris part au jugement.

activities would subject them to disciplinary measures pursuant to *The Public Service Act*. A motion for an order declaring ss. 12-16 of the Act unconstitutional was heard prior to the coming into force of the *Charter* and proceeded simply on distribution of powers grounds. The motion was denied by Labrosse J. The Court of Appeal affirmed this decision and the underlying rationale that provincial jurisdiction was grounded in s. 92(13) of the *Constitutional Act, 1867*. The three constitutional questions stated before the Supreme Court of Canada dealt with ss. 12-16 of *The Public Service Act*. Were these sections unconstitutional or inoperative in that (1) they purported to restrain provincial civil servants and Crown employees from engaging in certain federal political activity, (2) they contravened ss. 2, 3 and/or 15(1) of the *Charter*, and (3) if so, whether or not they were justified under s. 1 of the *Charter*. Following this Court's decision on a preliminary issue that it would not hear or decide *Charter* issues, the case proceeded on submissions based upon the distribution of legislative powers and argument relying upon certain statements in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455.

Held: The appeal should be dismissed and the first constitutional question answered in the negative.

Per Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ.: The impugned provisions constitute an ordinary legislative amendment of the constitution of Ontario, within the meaning of s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*, and they also relate to the tenure of provincial office within the meaning of s. 92(4). The legislation cannot be constitutionally justified on the sole basis that they are in pith and substance labour relations legislation and therefore a matter of property and civil rights in the province. The impugned provisions are not related to the field of federal elections.

In so far as this legislation can be said to confer rights, individual or collective, upon Ontario residents to have an impartial civil service, such rights are not civil but rather public or political rights. Although the Act provides for the general regulation of the hiring, dismissal and terms and conditions of employment of the provincial public service, many of its provisions, including the impugned provisions, can only be explained and justified by the fact that the employment in question is

ques fédérales. Les appelants craignent que l'exercice de ces activités politiques n'ait pour effet de les exposer à des mesures disciplinaires conformément à *The Public Service Act*. Une requête visant à obtenir une ordonnance déclarant inconstitutionnels les art. 12 à 16 de la Loi a été entendue avant l'entrée en vigueur de la *Charte* et était fondée simplement sur le partage des pouvoirs. La requête a été rejetée par le juge Labrosse. La Cour d'appel a confirmé cette décision et le raisonnement sous-jacent selon lequel la compétence provinciale reposait sur le par. 92(13). Les trois questions constitutionnelles formulées devant la Cour suprême du Canada portaient sur les art. 12 à 16 de *The Public Service Act*. Ces articles sont-ils inconstitutionnels ou inopérants du fait (1) qu'ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques au niveau fédéral, (2) qu'ils portent atteinte aux art. 2 et 3 ou le par. 15(1) de la *Charte*, et (3) dans l'affirmative, sont-ils justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*? Après que cette Cour eut décidé, relativement à une question préliminaire, qu'elle n'entendrait pas et ne trancherait pas les questions concernant la *Charte*, l'affaire a été entendue en fonction d'arguments fondés sur le partage des pouvoirs législatifs ainsi que d'un argument fondé sur certaines déclarations contenues dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S 455.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté et la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Les juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest: Les dispositions contestées constituent une modification législative ordinaire de la constitution de l'Ontario au sens du par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et elles ont également trait à la durée des charges provinciales au sens du par. 92(4). Ces dispositions ne peuvent être justifiées du point de vue constitutionnel pour le seul motif qu'elles constituent, de par leur caractère véritable, des dispositions en matière de relations de travail et qu'elles relèvent, par conséquent, de la propriété et des droits civils dans la province. Les dispositions contestées n'ont rien à voir avec le domaine des élections fédérales.

Dans la mesure où on peut dire que cette loi confère aux résidents de l'Ontario des droits, individuels ou collectifs, d'avoir une fonction publique impartiale, ces droits sont non pas civils, mais plutôt publics ou politiques. Bien que la Loi réglemente d'une manière générale l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique provinciale, un bon nombre de ses dispositions, y compris les dispositions contestées, ne peuvent s'expliquer et se justifier que par

public employment. They cannot, therefore, be grounded only in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* but can be fully grounded in s. 92(1) and (4).

The constitution of Ontario is not to be found in a comprehensive, written instrument called a constitution. An enactment can generally be considered as an amendment of the constitution of a province when it bears on the operation of an organ of the government of the province, provided it is not otherwise entrenched as being indivisibly related to the implementation of the federal principle or to a fundamental term or condition of the union, and provided of course it is not explicitly or implicitly excepted from the amending power bestowed upon the province by s. 92(1), such as the offices of Lieutenant-Governor and of the Queen. The fact that a province can validly give legislative effect to a prerequisite condition of responsible government does not necessarily mean it can do anything it pleases with the principle of responsible government itself. Thus, it is uncertain, to say the least, that a province could touch upon the power of the Lieutenant-Governor to dissolve the legislature, or his power to appoint and dismiss ministers, without unconstitutionally touching his office itself. The principle of responsible government could, to the extent that it depends on those important royal powers, be entrenched to a substantial extent. The power of constitutional amendment given to the provinces by s. 92(1) does not necessarily comprise the power to bring about a profound constitutional upheaval by the introduction of political institutions foreign to and incompatible with the Canadian system.

The provisions impugned here are constitutional for they bear on the operation of the Ontario Public Service, which is an organ of government, and they impose on its members the duty to abstain from certain political activities in order to implement the principle of impartiality of the public service which is considered as an essential prerequisite of responsible government. It can similarly be said that the public service in Ontario is a part of the executive branch of the government of Ontario.

The impugned provisions are not related to the exclusively federal subject of federal elections. Rather than affecting federal elections *per se*, these provisions create a disability from membership in the Ontario Public Service, thereby affecting a provincially created relationship.

le fait que l'emploi en question est un emploi public. Elles ne peuvent donc être fondées uniquement sur le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais elles peuvent être entièrement fondées sur les par. 92(1) et (4).

La constitution de l'Ontario ne se trouve pas dans un document complet appelé constitution. Une disposition peut généralement être considérée comme une modification de la constitution d'une province lorsqu'elle porte sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province, pourvu qu'elle ne soit pas par ailleurs intangible parce qu'indivisiblement liée à la mise en œuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l'union et pourvu évidemment qu'elle ne soit pas explicitement ou implicitement exemptée du pouvoir de modification que le par. 92(1) accorde à la province comme, par exemple, les charges de lieutenant-gouverneur et de souverain. Le fait qu'une province puisse validement conférer un effet législatif à une condition préalable d'un gouvernement responsable ne signifie pas nécessairement qu'elle peut faire tout ce qu'il lui plaît du principe du gouvernement responsable lui-même. Ainsi, il n'est pas certain, à tout le moins, qu'une province puisse toucher au pouvoir du lieutenant-gouverneur de dissoudre l'assemblée législative, ou à son pouvoir de nommer et de destituer les ministres, sans toucher de manière inconstitutionnelle à sa charge elle-même. Le principe du gouvernement responsable pourrait, dans la mesure où il est fonction de ces pouvoirs royaux importants, être en grande partie intangible. Le pouvoir de modification constitutionnelle que le par. 92(1) accorde aux provinces ne comprend pas nécessairement le pouvoir de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien.

Les dispositions contestées en l'espèce sont de nature constitutionnelle en ce sens qu'elles portent sur le fonctionnement de la fonction publique de l'Ontario, qui est un organe du gouvernement, et elles imposent à ses membres l'obligation de s'abstenir d'exercer certaines activités politiques afin de mettre en œuvre le principe de l'impartialité de la fonction publique considérée comme une condition essentielle à l'existence d'un gouvernement responsable. On peut dire de la même manière que la fonction publique en Ontario fait partie de l'exécutif du gouvernement de l'Ontario.

Les dispositions contestées n'ont rien à voir avec le chef de compétence fédérale exclusive que sont les élections fédérales. Ces dispositions ne touchent pas aux élections fédérales en soi, elles créent plutôt une incapacité de faire partie de la fonction publique de l'Ontario, portant ainsi atteinte à une relation créée par la province.

This disability extended to federal elections in order to ensure global political independence for provincial officers. The object of political discourse, the ultimate form of political activity, remains indivisible even in federations with divided jurisdictions. Political activities in the federal field, therefore, had to be included in the impugned provisions to ensure the impartiality of the provincial public service. The alternative would have made the legislation miss its target altogether. The aim of the legislation, far from violating the federal principle, was to reinforce it and to secure the operation of responsible government within a federal framework; its effects on federal political activities were necessarily incidental. The constitutional validity of the impugned provisions may also be supported under s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867*, which in any event buttresses the argument already made under s. 92(1).

In a distribution of powers case, once it is demonstrated that the enacting legislature is competent, the balancing of conflicting values depends on the political judgment of such legislature and cannot be reviewed by the courts without their passing upon the wisdom of the legislation.

The fundamental right in Canada to participate in certain political activities is not infringed by the impugned legislation; federal and provincial elections are only affected in an incidental way. The basic structure of the Constitution established by the *Constitution Act, 1867* contemplates the existence of certain political institutions, including freely elected legislative bodies at the federal and provincial levels. Neither Parliament nor the provincial legislatures may enact legislation which would substantially interfere with the operation of this basic structure. Quite apart from *Charter* considerations, the legislative bodies in this country must conform to these basic structural imperatives and can in no way override them.

Per Dickson C.J.: *The Public Service Act* is directed to the general regulation of the hiring, dismissal, and terms and conditions of employment in the public service and in essence governs the establishment, functions, responsibilities and employment relationships of the Ontario Public Service. Viewed in its entirety, it is easily and explicitly authorized by s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867* concerning provincial offices and appointments. The Act, which deals with many of the traditional components of an employer-employee relationship, also falls within the province's property and civil rights power, since labour relations has long been a subject

Cette incapacité s'étend aux élections fédérales en vue d'assurer l'indépendance politique globale des fonctionnaires provinciaux. L'objet du débat politique, la forme ultime d'activité politique, demeure indivisible même dans une fédération qui présente des compétences partagées. Il fallait donc inclure dans les dispositions contestées les activités politiques liées au domaine fédéral pour assurer l'impartialité de la fonction publique provinciale, sinon la mesure législative aurait complètement raté son objectif. Loin de violer le principe fédéral, les dispositions en cause visent à la renforcer et à assurer le fonctionnement d'un gouvernement responsable à l'intérieur d'un régime fédéral; leur effet sur les activités politiques fédérales est nécessairement accessoire. La constitutionnalité des dispositions contestées peut aussi être étayée en vertu du par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui, en tout état de cause, appuie l'argument déjà soumis en vertu du par. 92(1).

Dans une affaire de partage des pouvoirs, lorsqu'on a démontré que le législateur a agi dans les limites de sa compétence, l'établissement de l'équilibre entre des valeurs contradictoires repose sur le jugement politique de ce législateur et ne peut pas être révisé par les tribunaux sans qu'ils examinent la sagesse de la mesure législative.

Les dispositions contestées ne violent pas le droit fondamental, qui existe au Canada, de participer à certaines activités politiques; les élections fédérales et provinciales ne sont touchées que d'une façon accessoire. La structure fondamentale de la Constitution établie par la *Loi constitutionnelle de 1867* envisage l'existence de certaines institutions politiques dont des corps législatifs librement élus aux niveaux fédéral et provincial. Ni le Parlement ni les législatures provinciales ne peuvent légiférer de façon à porter atteinte sensiblement au fonctionnement de cette structure fondamentale. Indépendamment de considérations fondées sur la *Charte*, les corps législatifs dans notre pays doivent se conformer à ces impératifs structurels fondamentaux et ne doivent en aucun cas y passer outre.

Le juge en chef Dickson: *The Public Service Act* a pour objet de réglementer, d'une manière générale, l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique et elle porte essentiellement sur la création, le rôle et les responsabilités de la fonction publique de l'Ontario, ainsi que sur les relations de travail au sein de cet organisme. Dans son ensemble, elle est explicitement autorisée par le par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, concernant les charges provinciales et les nominations. La Loi, qui traite d'un bon nombre d'éléments traditionnels des rapports employeur-employé, relève également de la compétence

matter generally within provincial jurisdiction under s. 92(13). Constitutional authority granted under s. 92(4) and (13) extends to the specific prohibitions against political activity in ss. 12-16 of the Act. There was no reason, given the Act's validity as a whole under both s. 92(4) and (13), to consider s. 92(1) with the attendant difficulties of assigning a precise content to the concept of "a provincial constitution".

The doctrine of interjurisdictional immunity is not a particularly compelling doctrine given its inconsistency with the basic pith and substance doctrine that a law "in relation to" a provincial matter may validly "affect" a federal matter. Furthermore Parliament, while it can easily enact appropriate laws effecting paramountcy over conflicting provincial laws, has not done so here. The Court, in light of the federal government's intervention in support of the Ontario law and its legislation based on the same constitutional approach adopted by Ontario, should be particularly cautious about invalidating a provincial law.

Appellants argued that the prohibitions were overbroad in that the prohibitions applied to all civil servants without distinguishing between the types of jobs performed and that they covered too wide a range of political activities. Overreach in the sense here used is not arguable in a distribution of powers case.

Appellants also argued, relying on a statement in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, that Canadian constitutional jurisprudence recognized the existence of certain fundamental political rights and freedoms in the citizens to participate in federal political activities. Freedom of speech and expression is a fundamental animating value in the Canadian constitutional system. No single value, however, no matter how exalted, can bear the full burden of upholding a democratic system of government and some underlying and important values may even conflict. It would be inappropriate to enter into a detailed application of the *Fraser* principles to the facts of the present case because none of the individual appellants has actually been subjected to disciplinary proceedings.

Per Lamer J.: The Public Service Act is authorized by s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867*; there was no need to consider s. 92(1) or (13).

provinciale en matière de propriété et de droits civils puisque les relations de travail constituent depuis longtemps une matière qui est généralement du ressort des provinces en vertu du par. 92(13). La constitutionnalité en vertu des par. 92(4) et (13) s'applique aux interdictions expresses d'exercer des activités politiques, que l'on trouve aux art. 12 à 16 de la Loi. Étant donné que la Loi dans son ensemble est valide en vertu des par. 92(4) et (13), il n'y a aucune raison d'examiner le par. 92(1) étant donné la difficulté que pose l'attribution d'un sens précis à la notion de «constitution provinciale».

Le principe de l'exclusivité des compétences n'est pas un principe particulièrement impérieux étant donné son incompatibilité avec le principe fondamental du caractère véritable suivant lequel une loi «relative à» une matière provinciale peut régulièrement «toucher» une matière fédérale. En outre, bien que le Parlement puisse facilement adopter des lois appropriées qui l'emporteraient sur les lois provinciales incompatibles, il ne l'a pas fait en l'espèce. Étant donné que le gouvernement fédéral est intervenu pour appuyer la loi ontarienne et qu'il a lui-même adopté une loi fondée sur le même point de vue constitutionnel que celui adopté par l'Ontario, le Cour devrait se montrer particulièrement réticente à invalider une loi provinciale.

Les appelants ont soutenu que les interdictions sont de portée trop large étant donné qu'elles s'appliquent à tous les fonctionnaires sans distinguer entre les types d'emploi qu'ils occupent, et qu'elles visent une gamme trop large d'activités politiques. La portée trop large au sens où on l'entend ici n'est pas plaidable dans une affaire ayant trait au partage des pouvoirs.

Invoquant une déclaration contenue dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, les appellants font également valoir que la jurisprudence canadienne en matière constitutionnelle reconnaît l'existence de certains droits et libertés politiques fondamentaux qui permettent aux citoyens de participer aux activités politiques fédérales. La liberté de parole et d'expression représente une valeur fondamentale qui anime le régime constitutionnel canadien. Toutefois, aucune valeur, si noble soit-elle, ne peut à elle seule permettre de soutenir un régime de gouvernement démocratique et il peut même arriver que certaines valeurs fondamentales entrent en conflit. Il ne conviendrait guère de procéder à une application détaillée des principes énoncés dans l'arrêt *Fraser* aux faits de la présente affaire puisqu'aucun des appellants n'a fait l'objet de mesures disciplinaires.

Le juge Lamer: The Public Service Act est autorisée par le par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; il n'est pas nécessaire d'examiner les par. 92(1) ou (13).

Cases Cited

By Beetz J.

Considered: *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; **distinguished:** *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, reversing [1964] 1 O.R. 641, reversing [1963] 2 O.R. 162; **referred to:** *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 353; *Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] App. Cas. 437; *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767; *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, affirming [1978] C.A. 351; *R. v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1, 1 D.L.R. 304; *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600; *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182; *Valin v. Langlois* (1879), 5 A.C. 115, affirming (1879), 3 S.C.R. 1; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 247; *Lenoir v. Ritchie* (1879), 3 S.C.R. 575; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285.

By Dickson C.J.

Overruled: *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; **referred to:** *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada (Manitoba Securities Case)*, [1929] A.C. 260; *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co.*, [1966] S.C.R. 767; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Oil Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] S.C.R. 584; *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573.

Jurisprudence

Citée par le juge Beetz

Arrêts examinés: *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; **distinction d'avec l'arrêt:** *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, infirmant [1964] 1 O.R. 641, infirmant [1963] 2 O.R. 162; **arrêts mentionnés:** *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 353; *Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] App. Cas. 437; *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, confirmant [1978] C.A. 351; *R. v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1, 1 D.L.R. 304; *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600; *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; *Valin v. Langlois* (1879), 5 A.C. 115, confirmant (1879), 3 R.C.S. 1; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 247; *Lenoir v. Ritchie* (1879), 3 R.C.S. 575; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285.

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêt rejeté: *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; **arrêts mentionnés:** *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada (l'affaire des valeurs mobilières du Manitoba)*, [1929] A.C. 260; *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co.*, [1966] R.C.S. 767; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383; *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Oil Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] R.C.S. 584; *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

By Lamer J.

Overruled: *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798.

Statutes and Regulations Cited

- Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14.
Canada Elections Act, S.C. 1960, c. 39, s. 71.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2, 3, 15(1).
Constitution Act, 1867, ss. 58-70, 82-87, 91, 92(1), (4), (13).
Constitution Act, 1982, s. 45.
Crown Employees Collective Bargaining Act, 1972, S.O. 1972, c. 67.
Executive Council Act, R.S.O. 1970, c. 153.
Legislative Assembly Act, R.S.O. 1970, c. 240.
Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2.
Public Service Act, R.S.O. 1970, c. 386, ss. 2, 3, 10, 12(1), (2), (3), (4), (5), 13(1), (2), 14, 15, 16, 23, 24, 26, 27, 28, 28a, now R.S.O. 1980, c. 418.
Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 32.
Representation Act, R.S.O. 1970, c. 413.

Authors Cited

- Clement, W. H. P. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1904.
Garant, Patrice. *La fonction publique canadienne et québécoise*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1973.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661, dismissing an appeal from a judgment of Labrosse J. (1979), 24 O.R. (2d) 324, 98 D.L.R. (3d) 168. Appeal dismissed; the first constitutional question is answered in the negative.

Stephen T. Goudge and Ian McGilp, for the appellants.

Blenus Wright and Carol Creighton, for the respondent.

Graham R. Garton, for the intervener the Attorney General of Canada.

Réal A. Forest and Alain Gingras, for the intervener the Attorney General of Quebec.

William M. Wilson, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Citée par le juge Lamer

Arrêt rejeté: *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798.

a Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2, 3, 15(1).
Crown Employees Collective Bargaining Act, 1972, S.O. 1972, chap. 67.
Executive Council Act, R.S.O. 1970, chap. 153.
Legislative Assembly Act, R.S.O. 1970, chap. 240.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 58 à 70, 82 à 87, 91, 92(1), (4), (13).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 45.
Loi électorale du Canada, S.C. 1960, chap. 39, art. 71.
c *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970 (1^{er} supp.), chap. 14.
Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 32.
Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, chap. O-2.
Public Service Act, R.S.O. 1970, chap. 386, art. 2, 3, 10, 12(1), (2), (3), (4), (5), 13(1), (2), 14, 15, 16, 23, 24, 26, 27, 28, 28a, maintenant R.S.O. 1980, chap. 418.
Representation Act, R.S.O. 1970, chap. 413.

Doctrine citée

- e Clement, W. H. P. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1904.
Garant, Patrice. *La fonction publique canadienne et québécoise*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1973.
f Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Labrosse (1979), 24 O.R. (2d) 324, 98 D.L.R. (3d) 168. Pourvoi rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

h Stephen T. Goudge et Ian McGilp, pour les appellants.

Blenus Wright et Carol Creighton, pour l'intimé.

i Graham R. Garton, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Réal A. Forest et Alain Gingras, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

j William M. Wilson, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Richard C. Speight, for the intervenor the Attorney General for New Brunswick.

Joseph J. Arvay, for the intervenor the Attorney General of British Columbia.

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

William Henkel, Q.C., and *Robert J. Normey*, for the intervenor the Attorney General for Alberta.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal involves an important area of constitutional law, namely, the scope of provincial jurisdiction to regulate certain political activities of provincial civil servants and Crown employees.

I

The Facts

The Ontario Public Service Employees' Union is bargaining agent for approximately 50,000 employees of the Government of Ontario who are subject to *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, now R.S.O. 1980, c. 418, of that province. Marie Wilkinson is employed by the Ontario Ministry of Community and Social Services as a counsellor at a centre for the care of the mentally retarded. Edward Faulknor is employed by the Ontario Ministry of Revenue as an assessor. Russell Smith is employed by the Ministry of Natural Resources as a laboratory technician.

Each of the individual appellants is a Crown employee, a civil servant and a member of the appellant union. Each individual appellant wishes to engage in political activities currently prohibited by *The Public Service Act*, including: running for election to Parliament without taking a leave of absence; canvassing and soliciting funds on behalf of federal political parties; and expressing opinions in public on federal political issues. The appellants are concerned that pursuit of these political activi-

Richard C. Speight, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

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

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

William Henkel, c.r., et *Robert J. Normey*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi touche à un domaine important du droit constitutionnel, savoir celui de la portée de la compétence des provinces pour réglementer certaines activités politiques des fonctionnaires et des employés provinciaux de Sa Majesté.

I

Les faits

Le Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario est l'agent négociateur d'environ 50 000 employés du gouvernement de l'Ontario qui sont assujettis à la loi de cette province, dite *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386, maintenant R.S.O. 1980, chap. 418. Marie Wilkinson est employée par le ministère des Services sociaux et communautaires de l'Ontario en tant que conseillère en réadaptation dans un centre pour déficients mentaux. Edward Faulknor travaille pour le ministère du Revenu de l'Ontario en tant que contrôleur des contributions. Russell Smith occupe le poste de technicien de laboratoire au ministère des Richesses naturelles.

Chacun des appétents est un employé de Sa Majesté, un fonctionnaire et un membre du syndicat appelant. Chacun d'eux souhaite exercer des activités politiques présentement interdites par *The Public Service Act*, dont: la possibilité de se porter candidat à des élections fédérales sans avoir à prendre un congé à cette fin, celle de faire du démarchage et de solliciter des fonds pour des partis politiques fédéraux et celle de prendre position publiquement sur des questions politiques fédérales. Les appétents craignent que l'exercice de ces activités politiques n'ait pour effet de les

ties would subject them to disciplinary measures pursuant to *The Public Service Act*.

II

The Legislation

The general thrust of the Ontario *Public Service Act* is the regulation of the hiring, dismissal and terms and conditions of employment in the public service. Within this general context there are five provisions which prohibit public servants from engaging in some political activities. These sections read as follows:

12.—(1) Except during a leave of absence granted under subsection 2, a Crown employee shall not,

- (a) be a candidate in a provincial or federal election or serve as an elected representative in the legislature of any province or in the Parliament of Canada;
- (b) solicit funds for a provincial or federal political party or candidate; or
- (c) associate his position in the service of the Crown with any political activity.

(2) Any Crown employee, other than a deputy minister or any other Crown employee in a position or classification designated in the regulations under clause *u* of subsection 1 of section 29, who proposes to become a candidate in a provincial or federal election shall apply through his minister to the Lieutenant-Governor in Council for leave of absence without pay for a period,

- (a) not longer than that commencing on the day on which the writ for the election is issued and ending on polling day; and
- (b) not shorter than that commencing on the day provided by statute for the nomination of candidates and ending on polling day,

and every such application shall be granted.

(3) Where a Crown employee who is a candidate in a provincial or federal election is elected, he shall forthwith resign his position as a Crown employee.

(4) Where a Crown employee who has resigned under subsection 3,

- (a) ceases to be an elected political representative within five years of the resignation; and
- (b) applies for reappointment to his former position or to another position in the service of the Crown

exposer à des mesures disciplinaires conformément à *The Public Service Act*.

II

a Les textes législatifs

The Public Service Act de l'Ontario vise, d'une manière générale, à réglementer l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique. Dans ce contexte général, il y a cinq dispositions qui interdisent aux fonctionnaires d'exercer certaines activités politiques. Ces dispositions sont les suivantes:

[TRADUCTION] **12.**—(1) Nul employé de Sa Majesté ne doit

- a**) se porter candidat à des élections provinciales ou fédérales ni siéger en tant que député provincial ou fédéral; ni
- b**) solliciter des fonds pour un parti politique provincial ou fédéral ou pour un candidat; ni
- c**) relier son poste dans la fonction publique à des activités politiques,
- d**) si ce n'est pendant un congé accordé en vertu du paragraphe 2.

(2) Un employé de Sa Majesté, autre qu'un sous-ministre ou tout autre employé dont le poste ou la classification est désigné par voie de règlement pris en vertu de l'alinéa 29(1)*u*), qui se propose de se porter candidat à des élections provinciales ou fédérales doit, par l'intermédiaire de son ministre, adresser au lieutenant-gouverneur en conseil une demande de congé sans traitement

- g**) a) pour une durée maximale calculée à partir du jour de la délivrance du bref d'élection jusqu'au jour du scrutin; et
- b**) pour une durée minimale calculée à partir du jour prévu par la loi pour les mises en candidature jusqu'au jour du scrutin,

et toute demande à cet effet doit être accueillie.

(3) Lorsqu'un employé de Sa Majesté qui s'est porté candidat à des élections provinciales ou fédérales est élu, il doit immédiatement démissionner du poste qu'il occupe comme employé de Sa Majesté.

(4) L'employé de Sa Majesté qui a démissionné en vertu du paragraphe 3,

- a**) qui cesse d'être un député dans les cinq ans de sa démission; et
- b**) qui demande, dans les trois mois de la date où il cesse d'être député, d'être réintégré dans son

for which he is qualified within three months of ceasing to be an elected political representative,

he shall be reappointed to the position upon its next becoming vacant.

(5) Where a Crown employee has been granted leave of absence under subsection 2 and was not elected, or resigned his position under subsection 3 and was reappointed under subsection 4, the period of the leave of absence or resignation shall not be computed in determining the length of his service for any purpose, and the service before and after such period shall be deemed to be continuous for all purposes.

13.—(1) A civil servant shall not during a provincial or federal election canvass on behalf of a candidate in the election.

(2) Notwithstanding subsection 1, a deputy minister or any other Crown employee in a position or classification designated in the regulations under clause *u* of subsection 1 of section 29 shall not at any time canvass on behalf of or otherwise actively work in support of a provincial or federal political party or candidate.

14. Except during a leave of absence granted under subsection 2 of section 12, a civil servant shall not at any time speak in public or express views in writing for distribution to the public on any matter that forms part of the platform of a provincial or federal political party.

15. A Crown employee shall not during working hours engage in any activity for or on behalf of a provincial or federal political party.

16. A contravention of section 11, 12, 13, 14 or 15 shall be deemed to be sufficient cause for dismissal.

Most of these prohibitions are qualified by leave of absence provisions. This case arose because the individual appellants either wanted to take part in some of the prohibited activities after working hours, or sought, and were refused, leaves of absence to engage in them.

III

Procedural History

1. *Supreme Court of Ontario*

A motion brought on behalf of the appellants before Labrosse J. for an order declaring unconstitutional ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act* was denied: (1979), 24 O.R. (2d) 324,

ancien poste ou d'être nommé à un autre poste dans la fonction publique pour lequel il est qualifié,

doit être réintégré dans son poste ou nommé à un autre dès qu'une vacance survient.

(5) Lorsqu'un employé de Sa Majesté a obtenu un congé en vertu du paragraphe 2 et qu'il ne s'est pas fait élire, ou lorsqu'il a démissionné de son poste en vertu du paragraphe 3 et qu'il a été réintégré dans ses fonctions

b en vertu du paragraphe 4, la période visée par le congé ou la démission n'est pas incluse dans la détermination de la durée de son ancienneté à quelque fin que ce soit, et la prestation de ses services avant et après cette période est réputée continue à toutes fins.

13.—(1) Nul fonctionnaire ne fera du démarchage pour un candidat à des élections provinciales ou fédérales.

(2) Nonobstant le paragraphe 1, un sous-ministre ou tout autre employé de Sa Majesté, dont le poste ou la classification est désigné par voie de règlement pris en vertu de l'alinéa 29(1)*u*), ne doit à aucun moment faire du démarchage ou travailler activement pour un parti politique provincial ou fédéral ou pour un candidat.

14. Un fonctionnaire ne doit à aucun moment prendre la parole en public ni exprimer des opinions écrites destinées à être diffusées auprès du public sur une question qui fait partie du programme d'un parti politique provincial ou fédéral, si ce n'est pendant un congé accordé en vertu du paragraphe 12(2).

15. Nul employé de Sa Majesté ne doit pendant les heures de travail exercer une activité pour le compte d'un parti politique provincial ou fédéral.

16. Toute contravention aux articles 11, 12, 13, 14 ou 15 est réputée constituer une cause suffisante de renvoi.

La plupart de ces interdictions sont atténues par des dispositions en matière de congé. Ce litige a pris naissance soit parce que les appellants voulaient participer après les heures de travail à certaines activités prohibées, soit parce qu'ils n'ont pas obtenu les congés demandés pour les exercer.

III

Historique des procédures

1. *La Cour suprême de l'Ontario*

Une requête, présentée au nom des appellants devant le juge Labrosse, en vue d'obtenir une ordonnance déclarant inconstitutionnels les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, a été

98 D.L.R. (3d) 168. The motion was heard prior to the date on which the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* came into force and proceeded simply on distribution of powers grounds. The challenge to the Ontario law was that it could not limit in any way the activities of the appellants in a federal election because jurisdiction over federal elections rested exclusively with Parliament.

The position of the Attorney General for Ontario was that the entire law, including the prohibitions as applied to federal elections, was authorized by s. 92(1), (4) and (13) of the *Constitution Act, 1867* which provide:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

1. The Amendment from Time to Time, notwithstanding anything in this Act, of the Constitution of the Province, except as regards the Office of Lieutenant Governor.

4. The Establishment and Tenure of Provincial Offices and the Appointment and Payment of Provincial Officers.

13. Property and Civil Rights in the Province.

It should be noted that s. 92(1) is now, with some modification of wording but not of substance, s. 45 of the *Constitution Act, 1982*.

At the hearing of the motion, Labrosse J. accepted that the Act, including prohibitions, was essentially a labour relations law and therefore valid under s. 92(13). He noted that the Act provides for the general regulation of the hiring, dismissal, and terms and conditions of employment of the civil service. The impugned sections, therefore, were found to be, in pith and substance, enacted to govern public sector labour relations in the province. In so far as they affected political activities in federal elections, Labrosse J. said they

rejetée: (1979), 24 O.R. (2d) 324, 98 D.L.R. (3d) 168. La requête a été entendue avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* et était fondée simplement sur le partage des pouvoirs. On contestait la validité de la loi ontarienne en alléguant que celle-ci ne pouvait d'aucune manière restreindre les activités des appelants lors d'élections fédérales parce que les élections fédérales relevaient de la compétence exclusive du Parlement.

Le procureur général de l'Ontario a fait valoir que la Loi dans son ensemble, y compris les interdictions visant les élections fédérales, était autorisée par les par. 92(1), (4) et (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont voici le texte:

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

1. L'amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur;

4. la création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux;

13. la propriété et les droits civils dans la province;

Il est à noter que le par. 92(1) est maintenant devenu, avec certaines modifications sur le plan de la forme, mais non sur celui du fond, l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Lors de l'audition de la requête, le juge Labrosse a accepté que la Loi, y compris les interdictions, était essentiellement une loi en matière de relations de travail et qu'elle était, par conséquent, valide en vertu du par. 92(13). Il a souligné que la Loi réglemente d'une manière générale l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique. On a donc conclu que les dispositions attaquées visaient, de par leur caractère véritable, à régir les relations de travail dans le secteur public de la province. D'après le juge Labrosse, si elles touchaient aux activités politiques lors d'élections fédérales, ce n'était qu'accessoirement dans le cadre d'un régime légis-

did so incidentally, as part of a wider legislative scheme to regulate labour relations.

2. The Ontario Court of Appeal

A unanimous three-judge panel of the Ontario Court of Appeal ((1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661) affirmed both Labrosse J.'s decision and the underlying rationale that provincial jurisdiction was grounded in s. 92(13). Although *The Public Service Act* includes restrictions on the federal political activities of employees, MacKinnon A.C.J.O., for the Court, found that the Act was essentially labour relations legislation and the prohibitions were conditions of employment designed to preserve the impartiality of the public service. As such, the Act, including the prohibitions, fell within provincial jurisdiction over property and civil rights.

MacKinnon A.C.J.O. included an overview of the constitutional significance of the political impartiality of the public service which he held to be crucial to the viability of a system of responsible government in Canada. He asserted that the public has a right to an impartial public service. *The Public Service Act* was intended to protect the civil rights of Ontario residents and was accordingly valid in a second sense under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*.

Finally, although he did not decide the point, because of his conclusions about s. 92(13), MacKinnon A.C.J.O. said there was "considerable force" in the Attorney General's arguments based on s. 92(1) and (4) of the *Constitution Act, 1867*.

3. The Supreme Court of Canada

Leave to appeal was granted by this Court. The following are constitutional questions as stated by Laskin C.J. and as revised and supplemented by Dickson C.J.:

1. Are ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, as amended, unconstitutional insofar as they purport to restrain provincial Civil Ser-

latif plus large destiné à réglementer les relations de travail.

2. La Cour d'appel de l'Ontario

a Une formation de trois juges de la Cour d'appel de l'Ontario ((1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661) a confirmé à l'unanimité à la fois la décision du juge Labrosse et le raisonnement sous-jacent selon lequel la compétence provinciale reposait sur le par. 92(13). Quoique *The Public Service Act* impose des restrictions aux activités politiques fédérales des employés de Sa Majesté, le juge en chef adjoint MacKinnon a conclu, au nom de la Cour d'appel, que la Loi portait essentiellement sur les relations de travail et que les interdictions étaient des conditions de travail conçues pour assurer l'impartialité de la fonction publique. Dans cette optique, la Loi, y compris les interdictions, relevait de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils.

e Le juge en chef adjoint MacKinnon a donné en outre un aperçu de l'importance constitutionnelle de l'impartialité de la fonction publique sur le plan politique, impartialité qu'il a jugée essentielle à l'existence d'un régime de gouvernement responsable au Canada. Il a affirmé que le public a droit à une fonction publique impartiale. *The Public Service Act* est destinée à protéger les droits civils des résidents de l'Ontario et elle est donc justifiée dans un second sens par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

g Enfin, bien qu'il n'ait pas tranché ce point en raison de ses conclusions relatives au par. 92(13), le juge en chef adjoint MacKinnon a dit que les arguments du procureur général fondés sur les par. 92(1) et (4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* avaient un [TRADUCTION] «poids considérable».

3. La Cour suprême du Canada

i Le présent pourvoi a été formé avec l'autorisation de cette Cour. Voici les questions constitutionnelles qui ont été formulées par le juge en chef Laskin et qui ont été révisées et complétées par le juge en chef Dickson:

j 1. Dans la mesure où ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques au

vants and Crown Employees from engaging in certain federal political activity?

2. Do ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2, 3 and/or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* insofar as they purport to restrain provincial Civil Servants and Crown Employees from engaging in certain federal and provincial political activity?

3. If ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, infringe or deny ss. 2 and 3, and/or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are these sections justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

At the start of the hearing of the appeal before this Court, a preliminary issue was raised concerning the hearing of argument on *Charter* issues. It was contended by the Attorney General for Ontario, supported by several intervening Attorneys General, that the Court should not address the *Charter* issues because all of the activities in the case were pre-*Charter* and neither of the Ontario courts had heard *Charter* arguments. After argument, the Court decided (Dickson C.J. and Chouinard and Le Dain JJ. dissenting) that the Court would not hear or decide the *Charter* issues. In the result, the case proceeded on submissions based upon the distribution of legislative powers and a hastily constructed argument relying upon certain statements in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455.

niveau fédéral, les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, sont-ils inconstitutionnels?

2. Dans la mesure où ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques aux niveaux fédéral et provincial, les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par les art. 2 et 3 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Si les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et ses modifications portent atteinte aux droits et libertés garantis par les art. 2 et 3 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces articles sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, non incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

d Au début de l'audience en cette Cour, on a soulevé une question préliminaire concernant la présentation d'arguments portant sur des questions relatives à la *Charte*. Le procureur général de l'Ontario, appuyé par plusieurs procureurs généraux intervenants, a soutenu que la Cour ne devrait pas aborder les questions relatives à la *Charte* parce que toutes les activités en cause étaient antérieures à la *Charte* et que ni l'un ni l'autre tribunal ontarien n'avait entendu des arguments fondés sur la *Charte*. Après que ce point eut été débattu, la Cour a décidé (le juge en chef Dickson et les juges Chouinard et Le Dain étant dissidents) qu'elle n'entendrait pas et ne trancherait pas les questions relatives à la *Charte*. En définitive, l'affaire a été entendue en fonction d'arguments fondés sur le partage des pouvoirs législatifs ainsi que d'un argument de dernière minute fondé sur certaines déclarations contenues dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

IV

The Distribution of Powers

The first step in any distribution of powers case is to characterize the law in question. This is not the ultimate legal step; it is not to classify the law as coming under one of the heads of s. 91 or s. 92.

i

IV

Le partage des pouvoirs

La première étape dans n'importe quelle affaire de partage des pouvoirs consiste à qualifier la loi en cause. Ce n'est pas là l'étape juridique ultime; il n'est pas question de classer ladite loi sous l'une

It is simply a preliminary step, namely to identify and describe the dominant features, the essential coverage, of the law. The Act with which we are here concerned is, as mentioned above, directed to the general regulation of the hiring, dismissal, and terms and conditions of employment in the public service. In essence it governs the establishment, functions, responsibilities and employment relationships of the Ontario Public Service.

In light of this description, it can be seen that the Act, viewed in its entirety, is easily and explicitly authorized by s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867* which gives the provinces jurisdiction over "the establishment and tenure of provincial offices and the appointment and payment of provincial officers". Additionally, since *The Public Service Act* deals with many of the traditional components of an employer-employee relationship and since labour relations has long been a subject matter generally within provincial jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* (see *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, and many subsequent cases), it follows that *The Public Service Act* is within provincial property and civil rights jurisdiction. Because the Act as a whole is clearly valid under both s. 92(4) and (13), I see no reason to embark upon a consideration of s. 92(1). I am reinforced in this conclusion by the difficulty of assigning a precise content to the concept of "a provincial constitution".

But what of the specific prohibitions against political activity in ss. 12-16 of *The Public Service Act*? Does the constitutional authority for the Act, viewed as a whole, extend to the prohibitions? In light of the overall labour relations thrust of *The Public Service Act* it is reasonable to characterize ss. 12-16 of the Act as being also labour relations provisions. The prohibitions against certain types of political activity are essentially terms and conditions of employment and can be supported, therefore, under s. 92(13). Similarly, these prohibitions

des rubriques de l'art. 91 ou de l'art. 92. Il s'agit simplement d'une étape préliminaire, savoir l'identification et la description des caractéristiques dominantes de la loi en question et de ce qu'elle vise essentiellement. Or, la Loi présentement en cause a pour objet, comme je l'ai déjà mentionné, de réglementer, d'une manière générale, l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique. Elle porte essentiellement sur la création, le rôle et les responsabilités de la fonction publique de l'Ontario, ainsi que sur les relations de travail au sein de cet organisme.

Compte tenu de cette description, il est facile de constater que la Loi dans son ensemble est explicitement autorisée par le par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui attribue aux provinces la compétence concernant «la création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux». De plus, puisque *The Public Service Act* traite d'un bon nombre d'éléments traditionnels des rapports employeur-employé et puisque les relations de travail constituent depuis longtemps une matière qui est généralement du ressort des provinces en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (voir *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, et de nombreux arrêts subséquents), il s'ensuit que *The Public Service Act* relève de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. Étant donné que la Loi dans son ensemble est nettement valide en vertu des par. 92(4) et (13), je ne vois aucune raison d'entreprendre un examen du par. 92(1). Je suis renforcé dans cette conclusion par la difficulté que pose l'attribution d'un sens précis à la notion de «constitution provinciale».

Mais que dire des interdictions expresses d'exercer des activités politiques, que l'on trouve aux art. 12 à 16 de *The Public Service Act*? La constitutionnalité de la Loi dans son ensemble s'applique-t-elle aux interdictions? Puisque *The Public Service Act* vise globalement les relations de travail, il est raisonnable de qualifier les art. 12 à 16 de la Loi comme étant également des dispositions en matière de relations de travail. Les prohibitions visant certains types d'activités politiques constituent essentiellement des conditions de travail et

are terms and conditions of public employment. As such, they are clearly enacted in relation to the establishment and tenure of provincial offices and are therefore valid under s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867*.

The appellants, as I understand their position, do not really deny these conclusions as a matter of general distribution of powers analysis. They do, however, deny the conclusions on two other bases: first, that the prohibitions against political activity by provincial public servants in federal elections are outside the scope of provincial s. 92 jurisdiction; secondly, that the prohibitions are overbroad. It is to these two arguments that I now turn.

1. The Appellants' Federalism Arguments

The crux of the appellants' federalism position is that *The Public Service Act*, admittedly valid in most respects, cannot prohibit the political activities of Ontario public servants in federal elections because:

- (1) federal elections are within the exclusive domain of Parliament, and
- (2) such a law does not meet the "in the province" limitation on the various heads in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

The appellants buttress these arguments by reference to the principle of interjurisdictional immunity and to this Court's decision in *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798.

(a) Interjurisdictional Immunity

The appellants' first argument is based on the principle of interjurisdictional immunity which posits that legislation enacted by one order of government cannot interfere with, or have an impact on, subject matters under the jurisdiction of the other order of government. The doctrine had its origins in the so-called "company law cases"

peuvent donc être justifiées en vertu du par. 92(13). De même, ces prohibitions sont des conditions de travail dans le secteur public. Il est évident qu'à ce titre elles ont été adoptées relativement à la création et à la durée de charges provinciales et qu'elles sont donc valides en vertu du par. 92(4) de *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les appels, si je comprends bien leur position, ne contestent pas vraiment l'exactitude de ces conclusions sur le plan de l'analyse du partage général des pouvoirs. Ils les repoussent toutefois pour deux autres motifs: premièrement, pour le motif que l'interdiction qui est faite aux fonctionnaires provinciaux d'exercer des activités politiques lors d'élections fédérales outrepasse la compétence que l'art. 92 confère aux provinces; deuxièmement, pour le motif que les interdictions sont de portée trop large. Ce sont ces deux moyens que je vais maintenant aborder.

1. Les arguments des appels fondés sur le fédéralisme

Le point capital de la thèse des appels fondée sur le fédéralisme est que *The Public Service Act*, dont ils reconnaissent la validité générale, ne peut pas interdire aux fonctionnaires publics de l'Ontario d'exercer des activités politiques lors d'élections fédérales:

- (1) parce que les élections fédérales relèvent de la compétence exclusive du Parlement, et
- (2) parce qu'une telle loi ne respecte pas la limite dite «dans la province» dont sont assortis les divers chefs de compétence de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les appels invoquent à l'appui de ces arguments le principe de l'exclusivité des compétences ainsi que larrêt de cette Cour *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798.

a) L'exclusivité des compétences

Le premier argument des appels repose sur le principe de l'exclusivité des compétences suivant lequel une loi adoptée par un palier de gouvernement ne saurait empiéter ou avoir des répercussions sur des matières qui relèvent de la compétence de l'autre palier de gouvernement. Ce principe tire son origine de ce qu'on appelle les

where it was held that provincial laws could not sterilize or impair the status or essential powers of a federally incorporated company. See *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada (Manitoba Securities Case)*, [1929] A.C. 260.

[TRADUCTION] «affaires en matière de droit des compagnies» dans lesquelles on a conclu que des lois provinciales ne pouvaient venir neutraliser ou diminuer le statut ou les pouvoirs essentiels d'une ^a société à charte fédérale. Voir *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330, *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91, *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada (l'affaire des valeurs mobilières du Manitoba)*, [1929] A.C. 260.

After its initial development in the company cases, the doctrine expanded and had its greatest success in the context of the application of provincial laws to federal works and undertakings. The doctrine came to stand for the proposition that a provincial law could not affect a vital part of the management and operation of a federal undertaking. See, for example, *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co.*, [1966] S.C.R. 767. This formulation of the doctrine is important for two reasons. First, it extended the doctrine into new and important areas. "Federally incorporated companies" is not a particularly large field; "federal works and undertakings" is. Secondly, by using the terminology of "affecting a vital part" rather than the earlier phrasing of "sterilization" or "impairment", the Court perhaps signalled a broader reach for the doctrine.

^c Après avoir été formulé dans les affaires de droit des compagnies, le principe a connu un élargissement de sa portée et a remporté son plus grand succès dans le contexte de l'application de lois provinciales relatives aux ouvrages et entreprises de nature fédérale. Le principe en est venu ^d à porter qu'une loi provinciale ne pouvait ^e toucher une partie essentielle de la gestion et de l'exploitation d'une entreprise fédérale. Voir, par exemple, *Commission du Salaire Minimum v. Bell Telephone Co.*, [1966] R.C.S. 767. Cette formulation du principe est importante pour deux raisons. ^f D'abord, elle permet d'appliquer le principe à des domaines nouveaux et importants. Le domaine des «sociétés à charte fédérale» n'est pas particulièrement vaste, alors que c'est tout le contraire dans le cas des «ouvrages et entreprises de nature fédérale». Deuxièmement, en employant l'expression «toucher une partie essentielle» plutôt que les termes «neutraliser» ou «diminuer» utilisés antérieurement, la Cour a peut-être reconnu au principe une portée plus large.

^g Toutefois, bien qu'on puisse prétendre que la portée du principe de l'exclusivité des compétences s'est élargie depuis qu'il est apparu dans le domaine du droit des compagnies, je ne crois pas qu'il s'agisse d'un principe particulièrement impérial. Le professeur Hogg énonce deux raisons sérieuses de douter de sa valeur (*Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), à la p. 331). La première, fondée sur la doctrine, est la suivante:

[TRADUCTION] La théorie qui sous-tend les résultats obtenus dans les cas où le principe a été appliqué semble être que les chefs de compétence fédérale n'ont pas seulement pour effet de conférer des pouvoirs au Parlement, mais ils s'appliquent aussi «défensivement» de manière à refuser ces pouvoirs aux législatures provinciales. À mon avis, cette théorie est incompatible avec

However, even though the doctrine of interjurisdictional immunity has arguably expanded since its company law origins, it is, in my opinion, not a particularly compelling doctrine. Professor Hogg has offered two strong reasons to doubt its value (*Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 331). The first, doctrinal, reason is:

The theory behind the results [in the cases in which the doctrine has been applied] appears to be that federal heads of power not only confer power on the federal Parliament, but also operate "defensively" to deny power to the provincial Legislatures. In my view, this theory is inconsistent with the basic pith and substance doctrine—that a law "in relation to" a provincial matter

may validly "affect" a federal matter. And, indeed, for every case asserting an interjurisdictional immunity there are dozens which deny such an immunity by application of the pith and substance doctrine.

The second, policy, reason is:

From a policy standpoint, the immunity of federal undertakings seems unnecessary, because the federal Parliament can, if it chooses, easily protect undertakings within federal jurisdiction from the operation of provincial laws by enacting appropriate laws which will be paramount over conflicting provincial laws.

I favour both of these arguments of caution about the scope of the interjurisdictional immunity doctrine. The history of Canadian constitutional law has been to allow for a fair amount of interplay and indeed overlap between federal and provincial powers. It is true that doctrines like interjurisdictional and Crown immunity and concepts like "watertight compartments" qualify the extent of that interplay. But it must be recognized that these doctrines and concepts have not been the dominant tide of constitutional doctrines; rather they have been an undertow against the strong pull of pith and substance, the aspect doctrine and, in recent years, a very restrained approach to concurrency and paramountcy issues. See, for example, *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695; *Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 211; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161. In light of these decisions, I am not prepared to extend the doctrine of interjurisdictional immunity into a field—federal elections—which is unrelated to either the company law cases or the federal under-

le principe fondamental du caractère véritable, suivant lequel une loi «relative à» une matière provinciale peut régulièrement «toucher» une matière fédérale. En fait, pour chaque affaire où l'on revendique l'exclusivité des compétences, il y en des douzaines qui, par l'application du principe du caractère véritable, nient l'existence d'une telle exclusivité.

La seconde raison, qui en est une de politique générale, est la suivante:

[TRADUCTION] Sur le plan de la politique générale, l'exclusivité relative aux entreprises fédérales paraît superflue parce que le législateur fédéral peut, s'il le veut, facilement protéger les entreprises relevant de la compétence fédérale contre l'application de lois provinciales en adoptant des lois appropriées qui auront prépondérance sur les lois provinciales incompatibles.

J'approuve chacun de ces arguments de prudence vis-à-vis de la portée du principe de l'exclusivité des compétences. Historiquement, le droit constitutionnel canadien a permis passablement d'interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il est vrai que des principes comme celui de l'exclusivité des compétences et celui de l'immunité de Sa Majesté ainsi que des notions comme celle des «compartiments étanches» restreignent l'étendue de cette interaction. Il faut cependant reconnaître que ces principes et notions n'ont pas représenté le courant dominant en matière constitutionnelle; ils ont constitué plutôt un contre-courant opposé à l'effet puissant du principe du caractère véritable et du double aspect et, au cours des dernières années, une façon très limitée d'aborder les questions de conflit et de prépondérance en matière législative. Voir, par exemple, *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383; *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161. Compte tenu de ces arrêts, je ne suis pas prêt à appliquer le principe de l'exclusivité des compétences à un domaine, celui des élections fédérales, qui n'a rien à voir avec les affaires en matière de droit des

takings cases, the two historical roots of the doctrine.

Furthermore, as Professor Hogg implies, the federal Parliament always has a powerful weapon—its own legislation. If Parliament does not approve of the application of a provincial law to a matter within federal jurisdiction it can easily legislate to prevent the unwanted application. In the present case, the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14, deals with permitted and prohibited activities in federal elections. Some of the provisions of that Act relate to various kinds of disqualification from certain political activities. If Parliament wanted to defend against the prohibitions contained in ss. 12-16 of the *Ontario Public Service Act* it could do so. It hasn't. Indeed, it has done the opposite. By prohibiting federal public servants from engaging in certain activities during provincial elections, Parliament has indicated that it shares the approach (and the view on legality) of the Ontario legislature. It may be worth adding that most provincial legislatures have enacted legislation limiting the political activity of public servants in both federal and provincial elections.

I think it is important to note, and attach some significance to, not only the similar federal legislation but also the fact that the federal government intervened in this appeal to support the Ontario law. The distribution of powers provisions contained in the *Constitution Act, 1867* do not have as their exclusive addressees the federal and provincial governments. They set boundaries that are of interest to, and can be relied upon by, all Canadians. Accordingly, the fact of federal-provincial agreement on a particular boundary between their jurisdictions is not conclusive of the demarcation of that boundary. Nevertheless, in my opinion the Court should be particularly cautious about invalidating a provincial law when the federal government does not contest its validity or, as in this case, actually intervenes to support it and has

compagnies ni avec celles portant sur les entreprises fédérales, les deux sources historiques du principe.

De plus, comme le laisse entendre le professeur Hogg, le législateur fédéral dispose toujours d'une arme puissante, savoir ses propres lois. Si le Parlement n'approuve pas l'application d'une loi provinciale à une matière qui relève de la compétence fédérale, il peut facilement légiférer pour empêcher cette application non souhaitée. En l'espèce, la *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970 (1^{er} supp.), chap. 14, porte sur les activités qui sont permises et sur celles qui sont défendues lors d'élections fédérales. Des dispositions de cette loi traitent de différents types d'exclusion de certaines activités politiques. Si le Parlement avait voulu parer aux interdictions imposées aux art. 12 à 16 de *The Public Service Act* de l'Ontario, il aurait pu le faire. Or, il ne l'a pas fait. En réalité, il a fait le contraire. En interdisant aux fonctionnaires fédéraux d'exercer certaines activités pendant des élections provinciales, le Parlement a indiqué qu'il partage l'attitude (ainsi que l'opinion sur ce qui est légal) de la législature de l'Ontario. Il peut valoir la peine d'ajouter que la plupart des législatures provinciales ont adopté des dispositions limitant les activités politiques des fonctionnaires tant dans le cadre d'élections fédérales que dans celui d'élections provinciales.

Selon moi, un point qu'il convient de souligner et auquel il faut attacher une certaine importance est non seulement l'existence d'une loi fédérale semblable, mais aussi le fait que le gouvernement fédéral est intervenu dans ce pourvoi pour appuyer la loi ontarienne. Les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au partage des pouvoirs ne s'adressent pas exclusivement aux gouvernements fédéral et provinciaux. Elles établissent des lignes de démarcation qui intéressent tous les Canadiens et auxquelles ceux-ci peuvent se fier. Par conséquent, le fait que le fédéral et les provinces s'entendent sur une ligne de démarcation précise entre leurs champs de compétence respectifs n'est pas concluant quant à cette ligne de démarcation. J'estime néanmoins que la Cour devrait se montrer particulièrement réticente à invalider une

enacted legislation based on the same constitutional approach adopted by Ontario.

(b) *McKay v. The Queen*

The appellants, however, support their argument with strong reliance on an important and factually relevant case, *McKay v. The Queen*. In *McKay* the Court held, by a majority of five-four, that a municipal by-law prohibiting the display of signs on residential property was inapplicable to federal election signs. In other words, the Court read down the law so that it would not apply in an impermissible context. The gist of the majority judgment, written by Cartwright J., was that the subject matter of federal elections was within the exclusive jurisdiction of Parliament and that a provincial law could not interfere in any way with this subject matter. He said, at p. 804:

I cannot think that it was the intention of the Council to so enact or that it was the intention of the Legislature to empower it to do so. Such an enactment would, in my opinion, be *ultra vires* of the provincial legislature. The power of the legislature to enact such a law, if it exists, must be found in s. 92 of the *British North America Act*. It is argued for the respondent that it falls within head 13, "Property and Civil Rights in the Province." Whether or not the right of an elector at a federal election to seek by lawful means to influence his fellow electors to vote for the candidate of his choice is aptly described as a civil right need not be discussed; it is clearly not a civil right in the province. It is a right enjoyed by the elector not as a resident of Ontario but as a citizen of Canada.

The appellants contend that the current appeal raises a virtually identical issue. They say that the Ontario law prohibits certain types of participation in federal elections and that, on the authority of *McKay*, such restrictions are unconstitutional.

loi provinciale lorsque le gouvernement fédéral n'en conteste pas la validité ou, comme c'est le cas en l'espèce, lorsqu'il va même jusqu'à intervenir pour appuyer cette loi et qu'il a lui-même adopté une loi fondée sur le même point de vue constitutionnel que celui adopté par l'Ontario.

b) *McKay v. The Queen*

Toutefois, les appellants s'appuient fortement dans leur argumentation, sur un arrêt important dont les faits sont pertinents en l'espèce. Il s'agit de l'arrêt *McKay v. The Queen*. Dans l'arrêt *McKay*, la Cour a conclu, à la majorité de cinq contre quatre, qu'un règlement municipal interdisant l'installation d'enseignes sur les propriétés résidentielles ne s'appliquait pas aux pancartes placées dans le cadre d'une élection fédérale. En d'autres termes, la Cour a donné à la loi une interprétation atténuée de manière qu'elle ne s'applique pas dans un contexte où son application n'était pas acceptable. Le jugement de la Cour à la majorité, rédigé par le juge Cartwright, porte en substance que les élections fédérales constituent un chef de compétence fédérale exclusif sur lequel une loi provinciale ne peut empiéter daucune manière. Le juge Cartwright affirme, à la p. 804:

f [TRADUCTION] Je ne puis croire que le conseil ait voulu légiférer dans ce sens ni que la législature ait eu l'intention de l'habiliter à le faire. À mon avis, un tel texte législatif outrepasserait la compétence de la législature provinciale. Le pouvoir de la législature d'adopter une pareille loi, à supposer qu'il existe, doit se trouver à l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.
g On soutient pour le compte de l'intimée qu'il se situe sous la rubrique 13, savoir «la propriété et les droits civils dans la province». Il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir si le droit d'un électeur, lors d'une élection fédérale, de chercher par des moyens légaux à inciter les autres électeurs à voter pour le candidat qu'il a choisi peut à juste titre se décrire comme un droit civil; ce n'est manifestement pas un droit civil dans la province. Il s'agit d'un droit dont jouissent les électeurs non pas en tant que résidents de l'Ontario mais en tant que citoyens canadiens.

i Les appellants soutiennent que le présent pourvoi soulève une question quasi identique. Ils affirment que la loi ontarienne interdit certains types de participation à des élections fédérales et que, suivant l'arrêt *MacKay*, ces restrictions sont inconstitutionnelles.

The respondent seeks to distinguish *McKay* by relying on MacKinnon A.C.J.O.'s judgment in this case in the Court of Appeal at pp. 334-35 (O.R.):

It is interesting to note that the majority does not say, presumably because the by-law itself was not under attack, what was the pith and substance of the by-law. Further, the Court there was concerned with a *quasi-criminal* offence under the general by-law. In the instant case the Act creates no offence; it is a matter of possible dismissal from the civil service. There was, in other words, an absolute prohibition in the *McKay* case; in the instant case if the individual were not prepared to accept the limitations of employment imposed upon him, he could seek a leave of absence or leave his job. I can only repeat that I view the legislation here under attack as legislation with relation to labour relations in the province and I do not think that the *McKay* case is of assistance on the facts of this case.

The intervenor Attorney General of Canada suggests a different line of distinction between *McKay* and this case (paragraph 6 of its factum):

... in *McKay* ... the effect of the municipal by-law was to proscribe *indiscriminately* the exercise of a right generally enjoyed by citizens of Canada. There was no proper nexus between the purpose of the by-law and its alleged "incidental" effect on property owners. In the present case, however, it is submitted that the special relationship of public servants to government provides the link between control over labour relations and the regulation of partisan political activity. [Emphasis in original.]

With great respect, I am not persuaded by attempts to distinguish *McKay*. First, I fail to see the significance, in a federalism sense, between prohibition and curtailment. The distinction suggested by the Attorney General of Canada is perhaps stronger. The purpose of the by-law in *McKay* was undoubtedly esthetic—to ensure that lawns were not cluttered with signs, especially (one presumes) commercial signs. Federal election signs, which would be erected only every three or four years and only for several weeks, do not really fit within that esthetic purpose. There is, in other words, arguably a lack of a nexus between the

L'intimé essaie de faire une distinction d'avec l'arrêt *MacKay* en invoquant les motifs rédigés en l'espèce par le juge en chef adjoint MacKinnon de la Cour d'appel, aux pp. 334 et 335 (O.R.):

- ^a [TRADUCTION] Il est intéressant de noter que la cour à la majorité ne précise pas, vraisemblablement parce que le règlement lui-même n'était pas contesté, le caractère véritable de celui-ci. De plus, dans cette affaire, la cour se trouvait en présence d'une infraction quasi criminelle prévue par le règlement général. En l'espèce, par contre, la Loi ne crée pas d'infraction; il est plutôt question de la possibilité de renvoi de la fonction publique. Autrement dit, il y avait dans l'affaire *McKay* une prohibition absolue tandis qu'en l'espèce, si la personne n'était pas prête à accepter les restrictions que lui imposait son emploi, elle pouvait demander un congé ou encore démissionner. Je ne peux que répéter que, selon moi, la mesure législative attaquée en l'espèce porte sur les relations de travail dans la province et, compte tenu des faits de la présente affaire, je ne crois pas que l'arrêt *McKay* nous soit d'une quelconque utilité.

L'intervenant le procureur général du Canada propose un fondement différent pour établir une distinction entre l'arrêt *McKay* et la présente affaire (paragraphe 6 de son mémoire):

- ^f [TRADUCTION] ... dans l'affaire *McKay* [...] le règlement municipal avait pour effet de prohiber *indistinctement* l'exercice d'un droit dont jouissent généralement les citoyens du Canada. Il n'existe pas de lien suffisant entre l'objet du règlement et l'effet «secondaire» qu'on lui reprochait d'avoir sur les propriétaires fonciers. En l'espèce, cependant, on prétend que le rapport spécial qui existe entre les fonctionnaires et le gouvernement fournit le lien entre le contrôle des relations de travail et la réglementation des activités reliées à la politique partisane. [En italique dans l'original.]

- ⁱ Avec égards, je trouve peu convaincantes les tentatives de faire une distinction d'avec l'arrêt *McKay*. Tout d'abord, l'importance sur le plan du fédéralisme entre une interdiction et une restriction m'échappe. La distinction que propose le procureur général du Canada a peut-être plus de poids. Le règlement en cause dans l'affaire *McKay* visait incontestablement un but esthétique, soit assurer que les pelouses ne soient pas encombrées d'enseignes, surtout (on le suppose) d'enseignes commerciales. Des pancartes relatives à des élections fédérales, qui ne seraient posées qu'à tous les trois ou quatre ans et pendant quelques semaines

purpose of the by-law and its application to federal election signs.

Nevertheless, although it is maybe possible logically to distinguish *McKay*, my own view is that it was wrongly decided. I agree with Martland J.'s dissent (for four judges) to the effect that the by-law was in relation to property, that it was of general application and that it could permissibly have an incidental effect on certain activities in a federal election campaign. I also agree with Professor Hogg's critique of *McKay* (pp. 328-29 and 332):

It must be recalled that the "pith and substance" doctrine, exemplified by *Bank of Toronto v. Lambe*, is that a law which is in relation to a matter within jurisdiction . . . is not objectionable just because it affects a matter outside jurisdiction . . . Surely, therefore, the minority in *McKay* were right in upholding the impugned by-law, even in its application to federal election signs. Certainly, the majority did not explain why the pith and substance doctrine should not apply. Indeed, less than two years earlier, in the *Oil Chemical Workers* case (1963), the Supreme Court of Canada had decided, by a majority of four to three, that a provincial labour law could validly prohibit union donations to political parties (federal as well as provincial) of funds obtained by compulsory deduction from workers' pay. Obviously, a prohibition of union contribution has a more serious, and more biased, impact on the federal electoral process than a prohibition of residential lawn signs; and yet the prohibition of union contributions was upheld as a valid incident of a labour relations law.

... I welcome the tendency in the latest cases in the Supreme Court of Canada to limit interjurisdictional immunity by liberal application of the pith and substance doctrine. In *A.-G. Qué. v. Kellogg's of Canada* (1978), a provincial law prohibiting cartoon-style adver-

seulement, ne relèvent pas vraiment de ce but esthétique. En d'autres termes, on peut prétendre qu'il n'existe pas de lien entre l'objet du règlement et son application aux pancartes installées dans le cadre d'une élection fédérale.

Néanmoins, bien qu'il puisse être logiquement possible de faire une distinction d'avec l'arrêt *McKay*, j'estime personnellement qu'il s'agit d'un arrêt erroné. Je suis d'accord avec les motifs de dissidence du juge Martland (qui s'est exprimé au nom de quatre juges), selon lesquels le règlement portait sur la propriété, avait une application générale et pouvait légitimement avoir un effet secondaire sur certaines activités d'une campagne électorale fédérale. Je suis en outre d'accord avec ce que dit le professeur Hogg dans sa critique de l'arrêt *McKay* (aux pp. 328, 329 et 332):

- b* [TRADUCTION] Il faut se rappeler que le principe du «caractère véritable», dont la décision *Bank of Toronto v. Lambe* constitue une illustration, veut qu'une loi relative à une matière qui relève de la compétence du législateur [...] ne soit pas critiquable du simple fait qu'elle touche une matière en dehors de la compétence du législateur [...] Il ne fait donc pas de doute que la Cour à la minorité dans l'affaire *McKay* a eu raison de conclure à la validité du règlement attaqué, même dans la mesure où il s'appliquait aux pancartes installées dans le cadre d'élections fédérales. La Cour à la majorité n'a certainement pas expliqué pourquoi le principe du caractère véritable ne devrait pas s'appliquer. En fait, moins de deux ans auparavant, dans l'arrêt *Oil Chemical Workers* (1963), la Cour suprême du Canada avait décidé, à la majorité de quatre contre trois, qu'une loi provinciale en matière de relations de travail pouvait valablement empêcher les syndicats de faire des dons à des partis politiques (tant fédéraux que provinciaux) à même les fonds obtenus par précompte obligatoire sur le salaire des travailleurs. Évidemment, l'interdiction des contributions syndicales a un effet plus grave et plus tendancieux sur le processus électoral fédéral qu'une interdiction d'installer des pancartes sur les pelouses de quartiers résidentiels; et pourtant cette interdiction des contributions syndicales a été jugée un élément accessoire valable d'une loi régissant les relations de travail.

j ... je me réjouis de la tendance, manifestée dans les arrêts les plus récents de la Cour suprême du Canada, à limiter la portée du principe de l'exclusivité des compétences par une application libérale du principe du caractère véritable. Dans l'arrêt *P.G. Qué. c. Kellogg's of*

tising directed at children was held to be applicable to advertising on television (a federally-regulated medium). In *Construction Montcalm v. Minimum Wage Commission* (1978), a provincial minimum wage law was held to be applicable to a contractor building a runway for an airport (a federal undertaking) on federal Crown land. In *Four B Manufacturing v. United Garment Workers* (1979), a provincial labour relations law was held to be applicable to a business owned by Indians on an Indian reserve. In each case, Laskin C.J. in dissent asserted immunity from the provincial law, but Martland J. for the majority in *Kellogg's* and Beetz J. for the majority in *Construction Montcalm* and *Four B*, finding that the pith and substance of the law was a matter within provincial jurisdiction (that was not controversial, of course), held that the law could also validly affect the federal matter to which it purported to apply. In the light of these decisions, it seems unlikely that the *McKay* case would be decided the same way today.

Canada (1978), on a décidé qu'une loi provinciale interdisant la publicité sous forme de dessins animés destinée aux enfants était applicable à la publicité faite à la télévision (un média réglementé par le fédéral). Dans l'arrêt *Construction Montcalm c. Commission du salaire minimum* (1978), une loi provinciale sur le salaire minimum a été jugée applicable à un entrepreneur qui construisait une piste d'atterrissement pour un aéroport (une entreprise fédérale) sur des terres appartenant au gouvernement fédéral. Dans l'arrêt *Four B Manufacturing c. Travailleurs unis du vêtement* (1979), une loi provinciale en matière de relations de travail a été jugée applicable à une entreprise appartenant à des Indiens et située sur une réserve indienne. Dans chaque cas, le juge en chef Laskin a rédigé des motifs de dissidence dans lesquels il affirmait l'existence d'une immunité contre l'application de la loi provinciale, mais le juge Martland, au nom de la cour à la majorité dans l'arrêt *Kellogg's*, et le juge Beetz, au nom de la Cour à la majorité dans les arrêts *Construction Montcalm* et *Four B*, ont conclu que les lois en cause, de par leur caractère véritable, relevaient de la compétence provinciale (ce qui n'était évidemment pas controversé) et ont décidé que lesdites lois pouvaient aussi valablement toucher la matière fédérale à laquelle elles s'appliquaient apparemment. Compte tenu de ces arrêts, il semble peu probable que l'affaire *McKay* serait tranchée de la même façon aujourd'hui.

I agree with this analysis. As Professor Hogg asserts, *McKay* is difficult to reconcile with the Court's decision in a very similar case, *Oil Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] S.C.R. 584. Moreover, it does not sit well with a leading decision by the Ontario Court of Appeal in an analogous case, *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819, where it was held that federal jurisdiction over broadcasting supported a federal law regulating radio advertising during both federal and provincial elections. *McKay* is also out of step with the doctrinal path marked out by this Court in such cases as *Attorney General of Quebec v. Kellogg's Co. of Canada*, *supra*, and *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, *supra*. I would overrule *McKay*. Accordingly, the appellants' strong reliance on *McKay* does not bear fruit.

Je souscris à cette analyse. Comme l'affirme le professeur Hogg, l'arrêt *McKay* est difficilement conciliable avec l'arrêt rendu par cette Cour dans une affaire très semblable, *Oil Chemical and Atomic Workers International Union v. Imperial Oil Ltd.*, [1963] R.C.S. 584. De plus, il s'accorde mal avec un arrêt de principe rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans une affaire analogue, *Re C.F.R.B. and Attorney-General for Canada*, [1973] 3 O.R. 819, où l'on a conclu que la compétence fédérale en matière de radiodiffusion justifiait une loi fédérale réglementant la publicité radiophonique au cours d'élections tant fédérales que provinciales. L'arrêt *McKay* s'écarte en outre de la voie tracée sur le plan des principes par cette Cour dans des arrêts comme *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co. of Canada* et *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, précités. Je suis donc d'avis de rejeter l'arrêt *McKay*. Par conséquent, c'est en vain que les appellants ont insisté sur l'arrêt *McKay*.

2. Overbreadth

The appellants also argued that the prohibitions were overbroad for two reasons. First, they apply to all civil servants, or in some instances to all Crown employees, without distinguishing between the types of jobs employees perform. Second, they cover too wide a range of political activities. During argument, counsel was asked whether he could cite any case in which the overbreadth or overreach argument had been given effect in a distribution of powers situation. The answer was in the negative. In my view, overreach in the sense here used is simply not arguable in a distribution of powers case. It might be noted in passing that the judgment of the Ontario Court of Appeal is silent on the overreach point although it was apparently argued in that Court.

V

The Fraser Argument

At paragraph 75 of their factum, the appellants argued that:

... Canadian constitutional jurisprudence recognizes the existence of certain fundamental political rights and freedoms in the citizens of this country to participate in federal political activities. No province has the power to reduce or to derogate from these rights and freedoms.

This is the entire written argument of the appellants on this point, which is not surprising because the appellants had expected to make their civil liberties arguments in a *Charter* context. Once the Court decided, at the beginning of the oral hearing, not to hear *Charter* arguments, the appellants were forced to ground their civil liberties submission in an alternative approach.

In oral argument, primary reliance was placed upon a passage from this Court's unanimous judgment in *Fraser*, at pp. 462-63:

... "freedom of speech" is a deep-rooted value in our democratic system of government. It is a principle of our common law constitution inherited from the United

2. La portée trop large

Les appétants ont soutenu également que, pour deux raisons, les interdictions étaient de portée trop large. En premier lieu, elles s'appliquent à tous les fonctionnaires ou, dans certains cas, à tous les employés de Sa Majesté, sans distinguer entre les types d'emplois qu'ils occupent. En second lieu, elles visent une gamme trop large d'activités politiques. Au cours des débats, on a demandé à l'avocat, s'il pouvait citer une cause dans laquelle l'argument de la portée trop large avait été retenu relativement au partage des pouvoirs. Il a répondu par la négative. A mon avis, la portée trop large au sens où on l'entend ici n'est simplement pas plaidable dans une affaire ayant trait au partage des pouvoirs. On pourrait faire remarquer en passant que l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario ne dit rien au sujet de l'argument relatif à la portée trop large, bien que ce point ait apparemment été plaidé devant cette cour.

V

L'argument fondé sur l'arrêt *Fraser*

Au paragraphe 75 de leur mémoire, les appétants font valoir que:

[TRADUCTION] ... la jurisprudence canadienne en matière constitutionnelle reconnaît l'existence de certains droits et libertés politiques fondamentaux qui permettent aux citoyens de ce pays de participer aux activités politiques fédérales. Aucune province n'a le pouvoir de restreindre ces droits et libertés ni d'y déroger.

Voilà à quoi se réduit toute l'argumentation écrite des appétants sur ce point. Cela n'est guère surprenant puisque les appétants s'étaient attendus à présenter leurs arguments relatifs aux libertés civiles dans le contexte de la *Charte*. Après que la Cour eut décidé, au début des plaidoiries, de ne pas entendre d'arguments fondés sur la *Charte*, les appétants se voyaient dans la nécessité de trouver un autre fondement à l'argumentation relative aux libertés civiles.

Au cours des plaidoiries, on a invoqué principalement un extrait de l'arrêt unanime rendu par cette Cour dans l'affaire *Fraser*, aux pp. 462 et 463:

... la «liberté de parole» est une valeur profondément enracinée dans notre système de gouvernement démocratique. Il s'agit d'un principe de notre constitution de

Kingdom by virtue of the preamble to the *Constitution Act, 1867*.

This principle was recently reaffirmed in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, where McIntyre J., speaking for a unanimous Court, held at p. 584:

Prior to the adoption of the *Charter*, freedom of speech and expression had been recognized as an essential feature of Canadian parliamentary democracy. Indeed, this Court may be said to have given it constitutional status.

Both of these passages manifest a clear recognition that freedom of speech and expression is a fundamental animating value in the Canadian constitutional system.

It must not be forgotten, however, that no single value, no matter how exalted, can bear the full burden of upholding a democratic system of government. Underlying our constitutional system are a number of important values, all of which help to guarantee our liberties, but in ways which may sometimes conflict. It is for that reason that the passage in *Fraser* upon which the appellants rely so heavily is followed immediately by these words, at p. 463:

But [freedom of speech] is not an absolute value. Probably no values are absolute. All important values must be qualified, and balanced against, other important, and often competing, values. This process of definition, qualification and balancing is as much required with respect to the value of "freedom of speech" as it is for other values.

The *Fraser* case, which of course raised issues similar to those in the present appeal, stands for the proposition then, that the freedom of expression of public servants is a fundamental value but that certain reasonable abridgements, motivated by other competing values, may validly be authorized by a legislature. The relevant considerations in evaluating the reasonableness of the limitations are set out in *Fraser*.

common law, que nous avons hérité du Royaume-Uni en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Ce principe a été confirmé de nouveau récemment dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, où le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, conclut, à la p. 584:

Avant l'adoption de la *Charte*, la liberté de parole et d'expression avait été reconnue comme une caractéristique essentielle de la démocratie parlementaire canadienne. En fait, on peut dire que c'est cette Cour qui lui a conféré son statut constitutionnel.

Ces deux passages traduisent une reconnaissance claire que la liberté de parole et d'expression représente une valeur fondamentale qui anime le régime constitutionnel canadien.

Il faut toutefois se rappeler qu'aucune valeur, si noble soit-elle, ne peut à elle seule permettre de soutenir un régime de gouvernement démocratique. À la base de notre régime constitutionnel il y a un certain nombre de valeurs importantes qui contribuent toutes à garantir nos libertés, quoique les façons dont elles le font peuvent parfois entrer en conflit. C'est ce qui explique pourquoi l'extrait de l'arrêt *Fraser* sur lequel les appelants insistent est suivi immédiatement des mots suivants, à la p. 463:

Toutefois, [la liberté de parole n'est pas] une valeur absolue. Il n'y a probablement aucune valeur absolue. g Toutes les valeurs importantes doivent être restreintes et évaluées en fonction d'autres valeurs importantes et souvent concurrentes. Ce processus de définition, de restriction et d'évaluation est aussi nécessaire pour ce qui est de la «liberté de parole» en tant que valeur qu'elle l'est pour les autres valeurs.

L'arrêt *Fraser* dans lequel, bien entendu, les questions soulevées étaient analogues à celles posées en l'espèce, établit donc que la liberté d'expression des fonctionnaires constitue une valeur fondamentale, mais que le législateur peut à bon droit autoriser certaines restrictions raisonnables motivées par d'autres valeurs concurrentes. Les facteurs dont il faut tenir compte en évaluant le caractère raisonnable des restrictions sont énoncés dans l'arrêt *Fraser*.

It would not be appropriate to enter into a detailed application of the *Fraser* principles to the facts of the present case because none of the individual appellants has actually been subjected to disciplinary proceedings. As the respondent and interveners have pointed out, in determining the proper scope of application of the restrictions on political activity contained in *The Public Service Act*, the relevant decision makers, and in particular any grievance arbitrator, must interpret the scope of the Act in light of the principles set out in *Fraser*. For example, *Fraser* establishes that the scope of the restrictions in the Act must be considered in relation to the position and public visibility of the civil servant against whom the restrictions are said to apply.

In sum, it has been determined that *The Public Service Act* in its entirety is a valid exercise of provincial legislative jurisdiction. Furthermore, the Act must be interpreted in light of *Fraser*. I would add only that nothing I have said should be taken to predetermine the relevant analysis in any potential challenge to the Act launched under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

VI

Conclusion

The appeal should be dismissed. The first constitutional question should be answered as follows: Sections 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, as amended, are constitutional in so far as they purport to restrain provincial civil servants and Crown employees from engaging in certain federal political activity. The second and third constitutional questions are not answered.

I would not award costs.

The judgment of Beetz, McIntyre, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

BEETZ J.—The issue has been stated by Laskin C.J. in the following constitutional question:

Il ne conviendrait guère de procéder à une application détaillée des principes énoncés dans l'arrêt *Fraser* aux faits de la présente affaire puisqu'aucun des appelants n'a fait l'objet de mesures disciplinaires. Comme l'ont fait remarquer l'intimé et les intervenants, en déterminant la véritable portée des restrictions que *The Public Service Act* impose relativement aux activités politiques, c'est en fonction des principes énoncés dans l'arrêt *Fraser* que les décideurs concernés, et en particulier tout arbitre d'un grief, doivent interpréter la portée de la Loi. Par exemple, l'arrêt *Fraser* établit que la portée des restrictions imposées par la Loi doit être examinée en fonction du poste et de la visibilité publique du fonctionnaire auquel on dit que les restrictions s'appliquent.

En somme, on a conclu que *The Public Service Act* constitue dans son ensemble un exercice valide de la compétence législative de la province. De plus, la Loi doit être interprétée en fonction de l'arrêt *Fraser*. J'ajouterais simplement que rien de ce que j'ai dit ne devrait être interprété comme déterminant à l'avance l'analyse qu'il conviendra de faire dans toute contestation éventuelle de la Loi, fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*.

f

VI

Conclusion

Le pourvoi est rejeté. La première question constitutionnelle doit recevoir la réponse suivante: Les articles 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et ses modifications, sont constitutionnels dans la mesure où ils ont pour effet d'empêcher les fonctionnaires et employés provinciaux de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques au niveau fédéral. Aucune réponse n'est donnée aux deuxième et troisième questions constitutionnelles.

i Je suis d'avis de ne pas accorder de dépens.

Version française du jugement des juges Beetz, McIntyre, Le Dain et La Forest rendu par

LE JUGE BEETZ—Le point litigieux a été exposé par le juge en chef Laskin dans la question constitutionnelle suivante:

Are ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, unconstitutional insofar as they purport to restrain provincial Civil Servants and Crown Employees from engaging in certain federal political activity?

Dans la mesure où ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques au niveau fédéral, les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, sont-ils inconstitutionnels?

I

The Facts

The facts have been described in an agreed statement of facts, a summary of which appears in appellants' factum:

The appellant Ontario Public Service Employees Union is the bargaining agent for approximately 50,000 employees of the government of Ontario, who are subject to the Ontario *Public Service Act*.

The Appellant Marie Wilkinson is employed by the Ontario Ministry of Community and Social Services as a counsellor at a centre for the care of the mentally retarded in Blenheim, Ontario. The Appellant Edward E. Faulknor is employed by the Ministry of Revenue (Ontario) as an Assessor in Hamilton-Wentworth Office. The Appellant Russell B. Smith is employed as a lab technician by the Ministry of Natural Resources.

Each of the individual Appellants is a Crown employee, a civil servant and a member of an appellant union.

Each of the individual Appellants wishes to engage in political activities currently prohibited by the *Public Service Act*, including running for election to Parliament, canvassing and soliciting funds on behalf of political parties, and expressing opinions on political issues.

For purposes of this Appeal, the organization and philosophy of the various political parties both federally and provincially are agreed to be the same.

The political activities in which the individual appellants wished to engage were in connection with the 1979 federal elections. The individual appellants became concerned that the pursuit of such activities would subject them to disciplinary measures pursuant to *The Public Service Act*. By an originating notice of motion, they, together with their union, applied to the Supreme Court of Ontario for an order declaring unconstitutional

I

Les faits

Les faits ont été décrits dans un exposé conjoint des faits dont un résumé figure dans le mémoire des appellants:

c [TRADUCTION] L'appelant le Syndicat des employés de la Fonction publique de l'Ontario est l'agent négociateur d'environ 50 000 employés du gouvernement de l'Ontario qui sont assujettis à *The Public Service Act* de l'Ontario.

d L'appelante Marie Wilkinson est employée par le ministère des Services sociaux et communautaires de l'Ontario en tant que conseillère en réadaptation dans un centre pour déficients mentaux situé à Blenheim (Ontario). L'appelant Edward E. Faulknor travaille pour le ministère du Revenu de l'Ontario en tant que contrôleur des contributions au bureau de Hamilton-Wentworth. L'appelant Russell B. Smith occupe le poste de technicien de laboratoire au ministère des Richesses naturelles.

e Chacun des appellants est un employé de Sa Majesté, un fonctionnaire et un membre du syndicat appelant.

g Chacun des appellants souhaite exercer des activités politiques présentement interdites par *The Public Service Act*, dont la possibilité de se porter candidat à des élections fédérales, celle de faire du démarchage et de solliciter des fonds pour des partis politiques et celle de prendre position sur des questions politiques.

h Aux fins du présent pourvoi, l'organisation et la philosophie des différents partis politiques tant fédéraux que provinciaux sont reconnues comme étant les mêmes.

i Les activités politiques que les appellants souhaitaient exercer avaient trait aux élections fédérales de 1979. Les appellants ont craint que la poursuite de ces activités ne les expose à des mesures disciplinaires prises conformément à *The Public Service Act*. Au moyen d'un avis de requête introduit d'instance, ils ont, de concert avec leur syndicat, demandé à la Cour suprême de l'Ontario de rendre une ordonnance déclarant inconstitutionnels les

ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, hereinafter referred to as the Act.

II

The Legislation

The impugned sections of the Act provide as follows:

12.—(1) Except during a leave of absence granted under subsection 2, a Crown employee shall not,

- (a) be a candidate in a provincial or federal election or serve as an elected representative in the legislature of any province or in the Parliament of Canada;
- (b) solicit funds for a provincial or federal political party or candidate; or
- (c) associate his position in the service of the Crown with any political activity.

(2) Any Crown employee, other than a deputy minister or any other Crown employee in a position or classification designated in the regulations under clause *u* of subsection 1 of section 29, who proposes to become a candidate in a provincial or federal election shall apply through his minister to the Lieutenant Governor in Council for leave of absence without pay for a period,

- (a) not longer than that commencing on the day on which the writ for the election is issued and ending on polling day; and
- (b) not shorter than that commencing on the day provided by statute for the nomination of candidates and ending on polling day,

and every such application shall be granted.

(3) Where a Crown employee who is a candidate in a provincial or federal election is elected, he shall forthwith resign his position as a Crown employee.

(4) Where a Crown employee who has resigned under subsection 3,

- (a) ceases to be an elected political representative within five years of the resignation; and
- (b) applies for reappointment to his former position or to another position in the service of the Crown for which he is qualified within three months of ceasing to be an elected political representative,

he shall be reappointed to the position upon its next becoming vacant.

art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, ci-après appelée la Loi.

II

a Les textes législatifs

Les dispositions contestées de la Loi sont ainsi conçues:

b [TRADUCTION] **12.**—(1) Nul employé de Sa Majesté ne doit

- a*) se porter candidat à des élections provinciales ou fédérales ni siéger en tant que député provincial ou fédéral; ni
- b*) solliciter des fonds pour un parti politique provincial ou fédéral ou pour un candidat; ni
- c*) relier son poste dans la fonction publique à des activités politiques,

d si ce n'est pendant un congé accordé en vertu du paragraphe 2.

(2) Un employé de Sa Majesté, autre qu'un sous-ministre ou tout autre employé dont le poste ou la classification est désigné par voie de règlement pris en vertu de l'alinéa 29(1)*u*), qui se propose de se porter candidat à des élections provinciales ou fédérales doit, par l'intermédiaire de son ministre, adresser au lieutenant-gouverneur en conseil une demande de congé sans traitement

f *a*) pour une durée maximale calculée à partir du jour de la délivrance du bref d'élection jusqu'au jour du scrutin; et

g *b*) pour une durée minimale calculée à partir du jour prévu par la loi pour les mises en candidature jusqu'au jour du scrutin,

et toute demande à cet effet doit être accueillie.

(3) Lorsqu'un employé de Sa Majesté qui s'est porté candidat à des élections provinciales ou fédérales est élu, il doit immédiatement démissionner du poste qu'il occupe comme employé de Sa Majesté.

(4) L'employé de Sa Majesté qui a démissionné en vertu du paragraphe 3,

- a*) qui cesse d'être un député dans les cinq ans de sa démission; et
- b*) qui demande, dans les trois mois de la date où il cesse d'être député, d'être réintégré dans son ancien poste ou d'être nommé à un autre poste dans la fonction publique pour lequel il est qualifié,

j doit être réintégré dans son poste ou nommé à un autre dès qu'une vacance survient.

(5) Where a Crown employee has been granted leave of absence under subsection 2 and was not elected, or resigned his position under subsection 3 and was reappointed under subsection 4, the period of the leave of absence or resignation shall not be computed in determining the length of his service for any purpose, and the service before and after such period shall be deemed to be continuous for all purposes.

13.—(1) A civil servant shall not during a provincial or federal election canvass on behalf of a candidate in the election.

(2) Notwithstanding subsection 1, a deputy minister or any other Crown employee in a position or classification designated in the regulations under clause *u* of subsection 1 of section 29 shall not at any time canvass on behalf of or otherwise actively work in support of a provincial or federal political party or candidate.

14. Except during a leave of absence granted under subsection 2 of section 12, a civil servant shall not at any time speak in public or express views in writing for distribution to the public on any matter that forms part of the platform of a provincial or federal political party.

15. A Crown employee shall not during working hours engage in any activity for or on behalf of a provincial or federal political party.

16. A contravention of section 11, 12, 13, 14 or 15 shall be deemed to be sufficient cause for dismissal.

Civil servants and Crown employees are defined in s. 1(a) and (e) of the Act:

1. ...

(a) “civil servant” means a person appointed to the service of the Crown by the Lieutenant Governor in Council on the certificate of the Commission or by the Commission, and “civil service” has a corresponding meaning;

(e) “Crown employee” means a person employed in the service of the Crown or any agency of the Crown, but does not include an employee of Ontario Hydro or the Ontario Northland Transportation Commission;

III

Procedural History and Judgments of the Courts Below

The case was heard and decided by the Supreme Court of Ontario (1979), 24 O.R. (2d) 324, 98

(5) Lorsqu'un employé de Sa Majesté a obtenu un congé en vertu du paragraphe 2 et qu'il ne s'est pas fait élire, ou lorsqu'il a démissionné de son poste en vertu du paragraphe 3 et qu'il a été réintégré dans ses fonctions en vertu du paragraphe 4, la période visée par le congé ou la démission n'est pas incluse dans la détermination de la durée de son ancienneté à quelque fin que ce soit, et la prestation de ses services avant et après cette période est réputée continue à toutes fins.

b **13.**—(1) Nul fonctionnaire ne fera du démarchage pour un candidat à des élections provinciales ou fédérales.

(2) Nonobstant le paragraphe 1, un sous-ministre ou tout autre employé de Sa Majesté, dont le poste ou la classification est désigné par voie de règlement pris en vertu de l'alinéa 29(1)*u*), ne doit à aucun moment faire du démarchage ou travailler activement pour un parti politique provincial ou fédéral ou pour un candidat.

d **14.** Un fonctionnaire ne doit à aucun moment prendre la parole en public ni exprimer des opinions écrites destinées à être diffusées auprès du public sur une question qui fait partie du programme d'un parti politique provincial ou fédéral, si ce n'est pendant un congé accordé en vertu du paragraphe 12(2).

e **15.** Nul employé de Sa Majesté ne doit pendant les heures de travail exercer une activité pour le compte d'un parti politique provincial ou fédéral.

f **16.** Toute contravention aux articles 11, 12, 13, 14 ou 15 est réputée constituer une cause suffisante de renvoi.

Les expressions «fonctionnaire» et «employé de Sa Majesté» sont définies aux al. 1a) et e) de la Loi:

g [TRADUCTION] **1.** ...

a) «fonctionnaire» désigne une personne nommée au service de Sa Majesté par le lieutenant-gouverneur en conseil sur attestation de la Commission ou par la Commission, et «fonction publique» a un sens correspondant;

e) «employé de Sa Majesté» désigne une personne au service de Sa Majesté ou d'un organisme de Sa Majesté, mais ne comprend pas un employé d'Ontario Hydro ou de la Commission de transport Ontario Northland;

III

L'historique des procédures et les jugements des tribunaux d'instance inférieure

La Cour suprême de l'Ontario (1979), 24 O.R. (2d) 324, 98 D.L.R. (3d) 168, et la Cour d'appel

D.L.R. (3d) 168, and the Ontario Court of Appeal (1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661, before the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* came into force and it proceeded on grounds related to the distribution of powers between Parliament and the legislatures.

The main challenge to the impugned provisions was that they allegedly relate to federal elections, a field reserved to the exclusive legislative competence of Parliament. It was alternatively submitted that even if the impugned provisions are otherwise valid as relating to a provincial object, they cannot constitutionally be construed so as to extend to or embrace the core of a federal matter such as federal elections.

The Attorney General for Ontario took the position that the impugned provisions were entirely authorized by s. 92(1), (4) and (13) of the *Constitution Act, 1867*:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

1. The Amendment from Time to Time, notwithstanding anything in this Act, of the Constitution of the Province, except as regards the Office of Lieutenant Governor.

4. The Establishment and Tenure of Provincial Offices and the Appointment and Payment of Provincial Officers.

13. Property and Civil Rights in the Province.

In his oral reasons, Labrosse J., who heard and dismissed the application, said he did not reject the submission based on s. 92(1) and (4) but that he found the argument based on s. 92(13) much more persuasive. He said:

The Public Service Act provides for the general regulation of the hiring, dismissal and terms and conditions of employment of the civil service. The Act is really employer-employee legislation.

de l'Ontario (1980), 31 O.R. (2d) 321, 118 D.L.R. (3d) 661, ont entendu et tranché la présente affaire avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette affaire était fondée sur des moyens relatifs au partage des pouvoirs entre le Parlement et les législatures des provinces.

b On reprochait principalement aux dispositions contestées de viser les élections fédérales, un domaine de compétence législative exclusive du Parlement. Subsidiairement, on a fait valoir que, même si ces dispositions étaient par ailleurs valides, parce que reliées à un objet provincial, elles ne peuvent être interprétées, sur le plan constitutionnel, de manière à s'appliquer à l'élément central d'une matière fédérale comme les élections fédérales, ni à englober un tel élément.

c Le procureur général de l'Ontario a soutenu que les dispositions contestées étaient entièrement autorisées par les par. 92(1), (4) et (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

f 1. L'amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur;

g 4. la création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux;

h 13. la propriété et les droits civils dans la province;

Dans ses motifs oraux, le juge Labrosse qui a entendu et rejeté la requête a affirmé qu'il ne rejettait pas l'argument fondé sur les par. 92(1) et (4), mais qu'il trouvait beaucoup plus convaincant l'argument fondé sur le par. 92(13). Il a dit:

[TRADUCTION] The Public Service Act réglemente d'une manière générale l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique. Il s'agit vraiment d'une loi sur les relations employeur-employé.

And he held:

The impugned legislation is in pith and substance labour legislation in relation to conditions of employment to preserve the impartiality of the civil service and therefore constitute property and civil rights in the Province.

Labrosse J. further held, quoting Henry J. in *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 353, at p. 362, that in so far as the impugned provisions affected the political activities of civil servants in federal elections, they did so "incidentally; as part of a wider legislative scheme to promote labour relations, a valid provincial object".

The Ontario Court of Appeal unanimously affirmed the judgment of Labrosse J. as well as its rationale.

The lamented MacKinnon A.C.J.O., speaking for himself and for Wilson and Goodman JJ.A., reviewed the principles relating to the political impartiality of the public service and underlined their vital relationship to a system of responsible government in Canada. He wrote at p. 330 (O.R.):

If one accepts that the political neutrality or impartiality of Crown servants is a necessary and fundamental doctrine of the Canadian Constitution, adopted from the Constitution of the United Kingdom, there is considerable force in the argument that the legislation here attacked, inasmuch as it simply gives legislative effect to an existing convention, is competent under ss. 92(1) and 92(4) of the *B.N.A. Act*.

However, in answering what Mr. Justice Labrosse described as the real issue, namely whether it is within the competence of the Province to restrict Crown employees and civil servants in federal political activities, I would prefer to rest that answer as he did, on the effect to be given here to s. 92(13) of the *B.N.A. Act*. There is no question but that, under that head of legislative power, the Provinces have jurisdiction over labour relations in the Province.

MacKinnon A.C.J.O. added at p. 331:

Et il a conclu:

[TRADUCTION] La loi contestée est, de par son caractère véritable, une loi ouvrière qui vise les conditions de travail de manière à assurer l'impartialité de la fonction publique, et elle relève donc de la propriété et des droits civils dans la province.

Le juge Labrosse a également conclu, en citant le juge Henry dans la décision *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd.* (1978), 19 O.R. (2d) 353, à la p. 362, que, dans la mesure où les dispositions contestées touchaient les activités politiques des fonctionnaires lors d'élections fédérales, elles ne le faisaient qu'«accessoirement, dans le cadre d'un régime législatif plus large destiné à promouvoir les relations de travail, ce qui constitue un objet provincial régulier».

d La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé à l'unanimité la décision du juge Labrosse ainsi que son raisonnement.

Le regretté juge en chef adjoint MacKinnon, s'exprimant en son propre nom et en celui des juges Wilson et Goodman, a passé en revue les principes relatifs à l'impartialité politique de la fonction publique et a souligné leur importance vitale quant à l'existence d'un régime de gouvernement responsable au Canada. Il écrit, à la p. 330 (O.R.):

[TRADUCTION] Si on accepte que la neutralité ou l'impartialité politique des fonctionnaires de Sa Majesté est un précepte nécessaire et fondamental de la Constitution canadienne, inspiré de la Constitution du Royaume-Uni, l'argument portant que la loi contestée en l'espèce, dans la mesure où elle confère un effet législatif à une convention existante, est valide en vertu des par. 92(1) et 92(4) de l'*A.A.N.B.*, a un poids considérable.

Toutefois, en répondant à ce que M. le juge Labrosse a décrit comme étant la vraie question, savoir s'il relève de la compétence de la province de restreindre les activités politiques des employés de Sa Majesté et des fonctionnaires, je préfère fonder cette réponse, comme il l'a fait, sur l'effet à donner ici au par. 92(13) de l'*A.A.N.B.* Il ne fait pas de doute que, en vertu de ce chef de compétence législative, les provinces ont compétence sur les relations de travail dans la province.

j Le juge en chef adjoint MacKinnon ajoute, à la p. 331:

The people of Ontario also have a special interest in the impartiality of its civil service. It can be said, accordingly, that, as well as being legislation with relation to labour relations in the Province, the legislation in question, viewed from another perspective, is also legislation designed to protect the civil rights of Ontario residents generally to have an impartial civil service.

The appeal was accordingly dismissed.

Leave to appeal was granted by this Court on March 2, 1981.

The following are constitutional questions as stated by Laskin C.J. and as revised and supplemented by Dickson C.J.:

1. Are ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, unconstitutional insofar as they purport to restrain provincial Civil Servants and Crown Employees from engaging in certain federal political activity?
2. Do ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2, 3 and/or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* insofar as they purport to restrain provincial Civil Servants and Crown Employees from engaging in certain federal and provincial political activity?
3. If ss. 12, 13, 14, 15 and 16 of *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386 as amended, infringe or deny ss. 2 and 3, and/or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are these sections justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

At the start of the hearing before this Court, the Attorney General for Ontario, supported by several intervening Attorneys General, contended that the Court should not entertain the *Charter* issues because all the political activities in question were pre-*Charter* and neither of the Courts below had heard *Charter* submissions. After argument, the Court decided (Dickson C.J. and Chouinard and Le Dain JJ. dissenting) that the Court would not hear or decide the *Charter* issues.

[TRADUCTION] La population ontarienne a elle aussi un intérêt particulier à ce que sa fonction publique soit impartiale. On peut donc dire que, tout en étant une loi portant sur les relations de travail dans la province, la loi en question, prise sous un autre angle, est également une loi destinée à protéger les droits civils à une fonction publique impartiale qu'ont, de manière générale, les résidents de l'Ontario.

L'appel a donc été rejeté.

b L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée le 2 mars 1981.

c Voici les questions constitutionnelles qui ont été formulées par le juge en chef Laskin et qui ont été révisées et complétées par le juge en chef Dickson:

- d* 1. Dans la mesure où ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques au niveau fédéral, les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, sont-ils inconstitutionnels?
2. Dans la mesure où ils ont pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux et aux employés de Sa Majesté d'exercer certaines activités politiques aux niveaux fédéral et provincial, les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis par les art. 2 et 3 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- e* 3. Si les art. 12, 13, 14, 15 et 16 de *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et ses modifications portent atteinte aux droits et libertés garantis par les art. 2 et 3 ou le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ces articles sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, non incompatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

f Au début de l'audience en cette Cour, le procureur général de l'Ontario, appuyé par plusieurs procureurs généraux intervenants, a soutenu que la Cour ne devrait pas aborder les questions relatives à la *Charte* parce que toutes les activités politiques en cause étaient antérieures à la *Charte* et que ni l'un ni l'autre tribunal d'instance inférieure n'avait entendu d'arguments fondés sur la *Charte*. Après que ce point eut été débattu, la Cour a décidé (le juge en chef Dickson et les juges Chouinard et Le Dain étant dissidents) qu'elle n'entendrait pas et ne trancherait pas les questions relatives à la *Charte*.

The case then proceeded on written and oral submissions based upon the distribution of legislative powers and on oral submissions based upon a fundamental rights and freedoms argument derived from certain statements in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455.

It should also be noted that s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867* has now been replaced by s. 45 of the *Constitution Act, 1982*, as qualified by the other provisions of Part V of the latter Act, entitled "Procedure for amending Constitution of Canada". However, the impugned provisions antedate the coming into force of this procedure; their constitutional validity will accordingly be examined in the light of the law in force at the time of their enactment. It may well be thought that the coming into force of the amending procedure has not altered the power of the province to amend its own constitution but I refrain from expressing any view on the matter.

IV

The Distribution of Powers

The submissions made to us by the appellants and the respondent with respect to the distribution of powers were, with some amplification, essentially the same as those presented to the Courts below. They are set out above in summary form.

All the intervening Attorneys General spoke in support of the conclusions sought by the Attorney General for Ontario.

I should state at the outset that I reach the same conclusions as the Courts below. But I reach them for different reasons.

In my respectful opinion, the impugned provisions are not related to the field of federal elections, as is submitted by the appellants. But neither can they be constitutionally justified on the basis, or at least on the sole basis, that they are in pith and substance labour relations legislation and therefore a matter of property and civil rights in the province. I am rather of the view that the impugned provisions are an amendment of the

On a alors présenté des arguments écrits et oraux fondés sur le partage des pouvoirs législatifs ainsi que des plaïdoires fondées sur un moyen relatif aux droits et libertés fondamentaux tiré de certaines déclarations contenues dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

Notons également que le par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est maintenant remplacé l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont la portée est restreinte par les autres dispositions de la partie V de cette dernière loi, intitulée «Procédure de modification de la Constitution du Canada». Cependant, les dispositions contestées sont antérieures à l'entrée en vigueur de cette procédure; leur constitutionnalité sera donc examinée en fonction de la loi en vigueur au moment de leur adoption. On peut bien penser que l'entrée en vigueur de la procédure de modification n'a rien changé au pouvoir de la province de modifier sa propre constitution, mais je m'abstiens d'exprimer quelque opinion sur le sujet.

e

IV

Le partage des pouvoirs

À part quelques ajouts, les arguments que nous f ont présentés les appellants et l'intimé au sujet du partage des pouvoirs sont essentiellement les mêmes que ceux présentés devant les tribunaux d'instance inférieure. Je les ai déjà résumés.

g

Tous les procureurs généraux intervenants ont appuyé les conclusions recherchées par le procureur général de l'Ontario.

h

Je dois dire dès le départ que je tire les mêmes conclusions que les tribunaux d'instance inférieure, mais pour des motifs différents.

i

Avec égards, les dispositions contestées n'ont rien à voir avec le domaine des élections fédérales comme le soumettent les appellants. Mais elles ne peuvent pas non plus être justifiées du point de vue constitutionnel pour le motif, ou tout au moins pour le seul motif, qu'elles constituent, de par leur caractère véritable, des dispositions en matière de relations de travail et qu'elles relèvent, par conséquent, de la propriété et des droits civils dans la

constitution of the province and that they are also related to the tenure of provincial offices.

1. Property and Civil Rights in the Province

I begin by saying why I have difficulty in agreeing with the characterization given by the Courts below to the Act as a whole as well as to its impugned provisions.

I start with the proposition advanced by the Court of Appeal that the legislation in question can be viewed as "designed to protect the civil rights of Ontario residents generally to have an impartial civil service". It seems to me that in so far as this legislation can be said to confer rights, individual or collective, upon the Ontario residents to have an impartial civil service, such rights are not civil but rather public or political rights. To quote Professor Hogg, in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 454, these rights do not form part of the

... body of private law which governs the relationships between subject and object, as opposed to the law which governs the relationships between the subject and the institutions of government.

For much the same reasons, I find it difficult to regard the Act simply as "employer-employee" legislation.

Many of the public servants mostly affected by the impugned provisions are more than mere employees of the Crown. They include all deputy ministers, and, under the regulations referred to in s. 12(2) of the Act, they comprise, for instance, for each ministry including agencies, boards and commissions, public servants such as the assistant deputy minister, the executive director, the executive secretary, the general manager, the branch director as well as full-time heads and full-time members of boards, agencies and commissions. In the Ministry of the Attorney General, to take another example, they comprise positions and classifications such as the following ones: court administrator, crown attorney of Toronto and York, crown law officers 1, 2 and 3, judges of the Small Claims Court, justices of the peace, the

province. Je suis plutôt d'avis que les dispositions attaquées sont une modification de la constitution de la province et qu'elles ont également trait à la durée des charges provinciales.

a 1. La propriété et les droits civils dans la province

Je dois tout d'abord dire pourquoi il m'est difficile d'accepter la façon dont les tribunaux d'instance inférieure ont qualifié la Loi dans son ensemble ainsi que ses dispositions contestées.

Commençons par la proposition formulée par la Cour d'appel portant que la loi en question peut être considérée comme une loi «destinée à protéger les droits civils à une fonction publique impartiale qu'ont, de manière générale, les résidents de l'Ontario.» Il me semble que, dans la mesure où on peut dire que cette loi confère aux résidents de l'Ontario des droits, individuels ou collectifs, d'avoir une fonction publique impartiale, ces droits sont non pas civils, mais plutôt publics ou politiques. Pour citer le professeur Hogg, dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), à la p. 454, ces droits ne font pas partie de

[TRADUCTION] ... l'ensemble des règles de droit privé qui régissent les relations entre citoyens, par opposition au droit qui régit les relations entre les citoyens et les institutions gouvernementales.

f Pour à peu près les mêmes raisons, il m'est difficile de considérer la Loi simplement comme une loi sur les relations «employeur-employé».

Plusieurs des fonctionnaires les plus touchés par les dispositions contestées sont plus que de simples employés de Sa Majesté. On compte parmi eux tous les sous-ministres et, en vertu du règlement mentionné au par. 12(2) de la Loi, ce sont, par exemple, pour chaque ministère comprenant des agences, des offices et des commissions, des fonctionnaires comme le sous-ministre adjoint, le directeur exécutif, le secrétaire exécutif, le directeur général, le directeur de section ainsi que les chefs et les membres à plein temps des offices, agences et commissions. Au ministère du Procureur général, pour citer un autre exemple, sont visés notamment les postes et classifications suivants: l'administrateur judiciaire, le substitut du procureur général de Toronto et York, les conseillers juridiques du procureur général de niveaux 1, 2 et 3, les

local master of the Supreme Court of Ontario, provincial judges, the registrar of boards and commissions, the registrar of the Supreme Court of Ontario. To repeat, these are not mere employees. They are the holders of public office and many of them exercise important powers given to them by law.

The Act accordingly provides, in s. 10, that every civil servant shall subscribe an oath of office and secrecy as well as an oath of allegiance to the sovereign, and that any person or class of persons appointed to the unclassified civil service may be required to subscribe either or both the oaths. The oath of office comprises an undertaking to observe and comply with the laws of Canada and Ontario, which include the impugned provisions and it goes without saying that the subscribing of this oath is not negotiable. A provision of this type is unexpected, to say the least, in an employer-employee legislation or in an act regulating labour relations, but is very much in order in a law relating to the constitution of the province and to the tenure of provincial offices.

I realize that the number of public servants who fall into the above-described categories constitutes but a minority of the public service. However they are more affected than others by the impugned provisions since they cannot be given a leave of absence to carry on political activity; and it seems to me that they cannot be governed by those provisions except under the constitutional authority of some head of power other than property and civil rights.

As for civil servants who do not exercise powers but whose functions are simply advisory, professional or even clerical, they nevertheless hold an office, since they must subscribe what the Act labels an oath of office. They are not merely hired by the Crown but appointed to the service of the Crown by the Lieutenant-Governor in Council on the certificate of the Civil Service Commission and, under the Act, they are given a special and, in

judges de la Cour des petites créances, les juges de paix, le protonotaire local de la Cour suprême de l'Ontario, les juges provinciaux, le greffier des offices et commissions, le greffier de la Cour suprême de l'Ontario. Encore une fois, ce ne sont pas de simples employés. Ils occupent une charge publique et plusieurs d'entre eux exercent des pouvoirs importants que leur confère la loi.

b La Loi prévoit donc, à l'art. 10, que chaque fonctionnaire doit prêter un serment d'entrée en fonction et de discrétion ainsi qu'un serment d'allégeance à la souveraine, et que chaque personne ou catégorie de personne nommée à un poste de la fonction publique sans classification peut être requise de prêter l'un ou l'autre des serments ou les deux à la fois. Le serment d'entrée en fonction comprend un engagement à observer et à respecter les lois du Canada et de l'Ontario, ce qui inclut les dispositions contestées, et il va sans dire que la prestation de ce serment n'est pas négociable. Une disposition de ce genre est pour le moins inattendue dans une loi sur les relations employeur-employé ou dans une loi régissant les relations de travail, mais elle est tout à fait de mise dans une loi concernant la constitution de la province et la durée des charges provinciales.

f Je suis conscient que les fonctionnaires qui se situent dans les catégories que je viens de décrire ne représentent qu'une minorité dans la fonction publique. Cependant, ils sont plus touchés que d'autres par les dispositions contestées puisqu'ils ne peuvent obtenir un congé pour exercer des activités politiques; et il me semble qu'ils ne peuvent être visés par ces dispositions si ce n'est en vertu de l'autorité constitutionnelle d'un chef de compétence autre que la propriété et les droits civils.

i Quant aux fonctionnaires qui n'exercent aucun pouvoir mais qui remplissent simplement des fonctions professionnelles, de consultation ou même de secrétariat, ils occupent néanmoins une charge puisqu'ils doivent prêter ce que la Loi appelle un serment d'entrée en fonction. Ils ne sont pas simplement embauchés par Sa Majesté, ils sont nommés au service de Sa Majesté par le lieutenant-gouverneur en conseil sur attestation de la

my view, a public status which extends beyond the limits of civil rights.

There remains the category of Crown employees who are not included in the classified service. Their relationship with the Crown may well be governed by the law of contract, whether it be on an individual or on a collective basis, but the obligation to comply with the impugned provisions is not negotiable for them either and does not flow from their contract of employment. It is derived from the Act, a public law of Ontario which imposes this obligation upon them because they are employed in the service of the state.

We are not called upon to characterize the Act as a whole, as opposed to the impugned provisions. Yet it is worth observing that the only sections of the Act which can be considered as straight labour relations provisions are ss. 27, 28 and 28a which regulate the collective bargaining of the Ontario Provincial Police Force, a special case. The rest of the Act, a relatively short act comprising 32 sections, contains provisions several of which are not related directly or not related at all to labour relations. Thus, s. 1 is a definition section. Sections 2 and 3 provide for the composition and responsibility of the Civil Service Commission. I have already referred to s. 10 relating to oaths of office, secrecy and allegiance. Section 11 allows political activities in municipal elections at certain conditions, and provided that candidacies, services and activities be not affiliated with or sponsored by provincial or federal political parties. Sections 11, 12, 13, 14, 15 and 16 are the impugned provisions. Sections 23 and 24 provide for delegation of powers by deputy ministers and the Commission. I have already referred also to ss. 26, 27, 28 and 28a which relate to the labour relations of the Ontario Provincial Police Force. Finally, s. 29 confers broad regulatory powers to the Commission, subject to the approval of the Lieutenant-Governor in Council. The objects of these regulations comprise classifications for positions including salaries except classifications in which salaries are determined through bargaining pursuant to *The Crown Employees Collective Bargaining Act, 1972*, S.O.

Commission de la fonction publique et ils se voient conférer, en vertu de la Loi, un statut spécial et, à mon avis, public qui va au-delà des limites des droits civils.

^a Reste la catégorie des employés de Sa Majesté qui n'occupent pas un poste classifié dans la fonction publique. Leurs rapports avec Sa Majesté peuvent bien être régis par le droit des contrats,

^b que ce soit sur une base individuelle ou collective mais eux non plus ne peuvent négocier l'obligation de se conformer aux dispositions contestées et cette obligation ne découle pas de leur contrat de travail. Elle découle de la Loi, une loi publique de l'Ontario qui leur impose cette obligation parce qu'ils sont au service de l'État.

^c On ne nous demande pas de qualifier la Loi dans son ensemble, par opposition aux dispositions contestées. Pourtant, il vaut la peine de souligner que les seuls articles de la Loi qui peuvent être considérés comme des dispositions qui portent directement sur les relations de travail sont les art. 27, 28 et l'al. 28a qui réglementent la négociation collective de la Sûreté de l'Ontario, un cas spécial. Le reste de la Loi, qui est relativement courte vu qu'elle ne compte que 32 articles, contient des dispositions dont plusieurs ne sont pas directement liées, ou ne sont pas liées du tout, aux relations de travail. Ainsi, l'article 1 est un article de définition. Les articles 2 et 3 prescrivent la composition et les attributions de la Commission de la fonction publique. J'ai déjà parlé de l'art. 10 qui a trait aux serments d'entrée en fonction, de discrétion et d'allégeance. L'article 11 autorise les activités politiques lors d'élections municipales à certaines conditions et pourvu que les candidatures, les services et les activités ne soient pas rattachés à des partis politiques provinciaux ou fédéraux ni parrainés par ceux-ci. Les articles 11, 12, 13, 14, 15 et 16 sont les dispositions contestées. Les articles 23 et 24 prévoient la délégation de pouvoirs par les sous-ministres et la Commission. J'ai également déjà mentionné les art. 26, 27, 28 et l'al. 28a qui ont trait aux relations de travail de la Sûreté de l'Ontario. Enfin, l'art. 29 confère de larges pouvoirs de réglementation à la Commission, sous réserve de l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil. Ces règlements portent notamment sur les classifi-

1972, c. 67, defining overtime work, and the regulation of conduct of public servants, including the imposition of fines, removal from employment and demotion, and the designation of positions or classifications for the purpose of s. 11. Subsection 29(3) provides that a collective agreement prevails where it conflicts with a regulation.

Thus, the Act does contain some elements relating to labour relations, but they are not its chief characteristics as they are for instance in *The Crown Employees Collective Bargaining Act*, 1972.

While it can be said also that the Act provides for the general regulation of the hiring, dismissal and terms and conditions of employment of the provincial public service, many of its provisions, including the impugned provisions, can only be explained and justified by the fact that the employment in question is public employment. That is why they cannot in my opinion be grounded, or be grounded only in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. But they can be fully grounded in s. 92(1) and (4).

2. *The Amendment of the Constitution of the Province*

Section 92(1) of the *Constitution Act, 1867* provides for the process whereby the constitution of the province can be amended. This process is an ordinary law or statute of the provincial legislature. But the *Constitution Act, 1867* nowhere defines the expression "constitution of the province".

The constitution of Ontario, like that of the other provinces and that of the United Kingdom, but unlike that of many states, is not to be found in a comprehensive, written instrument called a constitution. It is partly contained in a variety of statutory provisions. Some of these provisions have been enacted by the Parliament at Westminster, such as ss. 58 to 70 and ss. 82 to 87 of the

cations de poste y compris les traitements à l'exception des classifications dans lesquelles les traitements sont fixés par voie de négociation conformément à *The Crown Employees Collective Bargaining Act, 1972*, S.O. 1972, chap. 67, qui définit le travail en surtemps, et sur la réglementation de la conduite des fonctionnaires, y compris l'imposition d'amendes, le renvoi et la rétrogradation, ainsi que la désignation de postes ou de classifications aux fins l'art. 11. Le paragraphe 29(3) prévoit que la convention collective prévaut lorsqu'elle entre en conflit avec un règlement.

Ainsi, la Loi contient bien des éléments relatifs aux relations de travail, mais ils ne constituent pas ses caractéristiques principales comme c'est le cas par exemple dans *The Crown Employees Collective Bargaining Act, 1972*.

Bien qu'on puisse également dire que la Loi réglemente d'une manière générale l'embauchage, le congédiement et les conditions de travail dans la fonction publique provinciale, un bon nombre de ses dispositions, y compris les dispositions contestées, ne peuvent s'expliquer et se justifier que par le fait que l'emploi en question est un emploi public. C'est pourquoi elles ne peuvent à mon avis être fondées, ou être fondées uniquement, sur le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Mais elles peuvent être entièrement fondées sur les par. 92(1) et (4).

2. *La modification de la constitution de la province*

Le paragraphe 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* prescrit la méthode par laquelle la constitution de la province peut être modifiée. Cette méthode consiste en l'adoption d'une loi ordinaire par la législature provinciale. Toutefois, la *Loi constitutionnelle de 1867* ne définit nulle part l'expression «constitution de la province».

La constitution de l'Ontario, comme celle des autres provinces et du Royaume-Uni, mais contrairement à celle de nombreux États, ne se trouve pas dans un document complet appelé constitution. Elle se trouve en partie dans une variété de dispositions législatives. Certaines de ces dispositions ont été adoptées par le Parlement de Westminster, comme les art. 58 à 70 et 82 à 87 de la *Loi*

Constitution Act, 1867. Other provisions relating to the constitution of Ontario have been enacted by ordinary statutes of the Legislature of Ontario, for instance *The Legislative Assembly Act*, R.S.O. 1970, c. 240; *The Representation Act*, R.S.O. 1970, c. 413, and *The Executive Council Act*, R.S.O. 1970, c. 153.

Another part of the constitution of Ontario consists of the rules of the common law, developed or recognized over the years by the courts. Many of these common law rules concern the royal prerogative. For instance, they have put the Crown in right of the province in a preferred position as a creditor (*Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] App. Cas. 437) and with respect to the inheritance of lands for defect of heirs (*Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767).

As was explained in *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at pp. 876-78, with respect to the Constitution of Canada—but the same can generally be said of the constitution of Ontario—“those parts which are composed of statutory rules and common law rules are generically referred to as the law of the constitution”. In addition, the constitution of Ontario comprises rules of a different nature but of great importance called conventions of the constitution. The most fundamental of these is probably the principle of responsible government which is largely unwritten, although it is implicitly referred to in the preamble of the *Constitution Act, 1867*, and one of its facets is articulated in s. 83 of this Act—possibly spent—which, in Ontario and Quebec, “Until the Legislature of Ontario or of Quebec otherwise provides”, puts a restriction on the election of holders of offices other than ministerial offices.

If Ontario were a unitary state, like the United Kingdom, the question whether a given enactment forms part of its constitution or amends its constitution could be resolved in the affirmative by only one relatively simple test: is the enactment consti-

constitutionnelle de 1867. D'autres dispositions relatives à la constitution de l'Ontario ont été adoptées par voie de lois ordinaires de la législature de l'Ontario comme, par exemple, *The Legislative Assembly Act*, R.S.O. 1970, chap. 240, *The Representation Act*, R.S.O. 1970, chap. 413, et *The Executive Council Act*, R.S.O. 1970, chap. 153.

- b Une autre partie de la constitution de l'Ontario est formée de règles de *common law*, énoncées ou reconnues au cours des ans par les tribunaux. Plusieurs de ces règles de *common law* concernent la prérogative royale. Par exemple, elles ont placé
c Sa Majesté du chef de la province dans une situation privilégiée en tant que créancière (*Maritime Bank of Canada (Liquidators of) v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] App. Cas. 437)
d et en ce qui concerne l'héritage de terres à défaut d'héritiers (*Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767).

Comme on l'explique dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, aux pp. 876 à 878, au sujet de la Constitution du Canada—mais de façon générale, on peut dire la même chose de la constitution de l'Ontario—«On désigne du terme générique de droit constitutionnel les parties [...] qui sont formées de règles législatives et de règles de *common law*». En outre, la constitution de l'Ontario comprend des règles d'une nature différente mais d'une grande importance appelées conventions de la constitution. La g plus fondamentale d'entre elles est probablement le principe du gouvernement responsable qui est en grande partie non écrit, bien qu'il soit mentionné implicitement dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'une de ses facettes soit formulée à l'art. 83 de cette loi, peut-être désuète, qui, en Ontario et au Québec, et «Jusqu'à ce que la Législature de l'Ontario ou du Québec en ordonne autrement», établit une restriction quant à l'élection de titulaires de charges autres que les charges de ministres.

Si l'Ontario était un État unitaire, comme le Royaume-Uni, la question de savoir si une disposition donnée fait partie de sa constitution ou la modifie pourrait recevoir une réponse affirmative par l'application d'un seul critère relativement

1987 CanLII 71 (SCC)

tutional in nature? In other words, is the enactment in question, by its object, relative to a branch of the government of Ontario or, to use the language of this Court in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, at p. 1024, does "it [bear] on the operation of an organ of the government of the Province"? Does it for instance determine the composition, powers, authority, privileges and duties of the legislative or of the executive branches or their members? Does it regulate the interrelationship between two or more branches? Or does it set out some principle of government? In a unitary state without a comprehensive written constitution, this test is the only one available.

Because Ontario, following the British model, is without a comprehensive written constitution, its laws do not qualify as constitutional laws unless they also satisfy first the test as to whether they are constitutional in nature.

This first test, however, even if *prima facie* satisfied, is not determinative of the issue whether an Ontario statute forms part of the constitution of Ontario or is an amendment of the constitution of Ontario, within the meaning of s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*. The main reason for the insufficiency of the first test is that Ontario is not a unitary state. It is an integral part of a federal one and provisions relating to the constitution of the federal state, considered as a whole, or essential to the implementation of the federal principle, are beyond the reach of the amending power bestowed upon the province by s. 92(1). An obvious example is the whole of s. 92 itself. With respect to Ontario, it is in a sense constitutional in nature in so far as it defines the legislative competence of the legislature of this province. But it also sets limits to the legislative competence of Parliament. It lies at the core of the scheme under which legislative competence is distributed in the federation. It forms part of the constitution of the federation considered as a whole rather than of the constitution of Ontario, within the meaning of s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*. Prior to 1982, that part of the constitution of the federation was

simple: la disposition est-elle de nature constitutionnelle? En d'autres termes, la disposition en question a-t-elle trait, de par son objet, à une branche du gouvernement de l'Ontario ou, pour reprendre les termes de cette Cour dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, à la p. 1024, est-ce qu'elle «porte sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province»? Détermine-t-elle, par exemple, la composition, les pouvoirs, l'autorité, les priviléges et les fonctions des organes législatif ou exécutif ou de leurs membres? Réglemente-t-elle la corrélation entre deux ou plusieurs branches? Ou établit-elle quelque principe de gouvernement? Dans un État unitaire qui n'a pas de constitution écrite complète, ce critère est le seul applicable.

Parce que l'Ontario, à l'instar du modèle britannique, n'a pas de constitution écrite complète, ses lois ne peuvent être considérées comme des lois constitutionnelles à moins qu'elles ne satisfassent également au critère consistant à déterminer si elles sont de nature constitutionnelle.

Cependant, même si on y a satisfait à première vue, le premier critère n'est pas déterminant quant à la question de savoir si une loi de l'Ontario fait partie de la constitution de l'Ontario ou s'il s'agit d'une modification de la constitution de l'Ontario au sens du par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La raison principale de l'insuffisance du premier critère est que l'Ontario n'est pas un État unitaire. Elle fait partie intégrante d'un État fédéral et les dispositions relatives à la constitution de l'État fédéral, prises dans leur ensemble, ou essentielles à la mise en œuvre du principe fédéral échappent au pouvoir de modification que le par. 92(1) accorde à la province. L'ensemble de l'art. 92 lui-même en est un exemple évident. À l'égard de l'Ontario, il est en un sens de nature constitutionnelle dans la mesure où il définit la compétence législative de la législature de cette province. Mais il établit également des limites à la compétence législative du Parlement. Il se situe au cœur du régime en vertu duquel la compétence législative est partagée dans la fédération. Il fait partie de la constitution de la fédération considérée dans son ensemble plutôt que de la constitution de l'Ontario, au sens du par. 92(1) de la *Loi constitu-*

therefore entrenched in the sense that it could only be amended by the Parliament at Westminster, in accordance with constitutional conventions.

Furthermore, other provisions of the *Constitution Act, 1867* could be similarly entrenched and held to be beyond the reach of s. 92(1), not because they were essential to the implementation of the federal principle, but because, for historical reasons, they constituted a fundamental term or condition of the union formed in 1867. Thus, s. 133 of the *Constitution Act, 1867* was held in *Blaikie, supra*, to constitute such a provision and to be a "part of the Constitution of Canada and of Quebec in an indivisible sense" and not a part of the constitution of Quebec within s. 92(1).

To sum up, therefore, and subject to the *caveat* I will mention later, an enactment can generally be considered as an amendment of the constitution of a province when it bears on the operation of an organ of the government of the province, provided it is not otherwise entrenched as being indivisibly related to the implementation of the federal principle or to a fundamental term or condition of the union, and provided of course it is not explicitly or implicitly excepted from the amending power bestowed upon the province by s. 92(1), such as the office of Lieutenant-Governor and, presumably and *a fortiori*, the office of the Queen who is represented by the Lieutenant-Governor.

The above-described approach seems to me to be consistent with the line followed by this Court in *Blaikie, supra*, where it explicitly declined to adopt a narrower line. It had been held by the Appellate Division of the Alberta Supreme Court in *R. v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1, 1 D.L.R. 304, and by the Quebec Court of Appeal in *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1978] C.A. 351, that s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867* should be given a restricted meaning embracing only those provisions included under the number and heading V of the *Constitution Act, 1867*, entitled "Provincial Constitutions". This restrictive inter-

tionnelle de 1867. Avant 1982, cette partie de la constitution de la fédération était donc intangible, en ce sens qu'elle ne pouvait être modifiée que par le Parlement de Westminster conformément à des conventions constitutionnelles.

En outre, d'autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont pu de même être intangibles et considérées comme échappant au par. 92(1), non pas parce qu'elles étaient essentielles à la mise en œuvre du principe fédéral, mais parce que, pour des raisons historiques, elles constituaient une condition fondamentale de l'union formée en 1867. Ainsi, dans l'arrêt *Blaikie*, précité, on a conclu que l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* était une disposition de ce genre et faisait «partie indivisiblement de la constitution du Canada et du Québec» et non pas partie de la constitution du Québec au sens du par. 92(1).

Pour résumer donc, et sous réserve de ce que je mentionnerai plus loin, une disposition peut généralement être considérée comme une modification de la constitution d'une province lorsqu'elle porte sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province, pourvu qu'elle ne soit pas par ailleurs intangible parce qu'indivisiblement liée à la mise en œuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l'union et pourvu évidemment qu'elle ne soit pas explicitement ou implicitement exemptée du pouvoir de modification que le par. 92(1) accorde à la province, comme par exemple la charge de lieutenant-gouverneur et, probablement et à plus forte raison, la charge de la souveraine qui est représentée par le lieutenant-gouverneur.

Le point de vue que je viens de décrire me semble compatible avec celui adopté par cette Cour dans l'arrêt *Blaikie*, précité, où elle a explicitement refusé d'adopter une attitude plus stricte. La Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, dans l'arrêt *R. v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1, 1 D.L.R. 304, et la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1978] C.A. 351, ont conclu qu'on devrait prêter au par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* un sens restreint qui engloberait seulement les dispositions figurant sous la rubrique V de la *Loi constitutionnelle de 1867*, intitulée «Constitu-

pretation could not be reconciled with *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600, where it had been held that the privileges and immunities of members of the Nova Scotia Legislative Assembly, and legislation giving immunity from civil liability in respect of words and conduct in the Assembly, were matters coming within s. 92(1). These matters could not conceivably be included under heading V of the *Constitution Act, 1867*. In *Blaikie, supra*, this Court had this to say about the question at pp. 1024-25:

The fact that *Fielding v. Thomas* concerned matters relating to the Constitution of the Province, in the sense that it bore on the operation of an organ of the government of the Province, does not help to establish the appellant's position as to the unlimited scope of s. 92(1). The latter may, of course, cover such changes as were dealt with in *Fielding v. Thomas* and, also, other matters not expressly covered by the *British North America Act* but implicit in the Constitution of the Province. That does not, however, carry the necessary conclusion that s. 133 is unilaterally amendable. Indeed, the argument goes too far because, as pressed, it would permit amendment of the catalogue of legislative powers in the succeeding catalogue of classes of subjects in s. 92 and this was not suggested. [Emphasis added.]

We must now apply these tests to the provisions impugned in the case at bar.

It is clear to me that those provisions are constitutional in nature in the sense that they bear on the operation of an organ of government in Ontario and that they impose duties on the members of a branch of government in order to implement a principle of government. The organ of government is the Ontario Public Service. The duty is the one imposed upon the members of the public service to abstain from the political activities contemplated by the impugned provisions. The principle of government is the impartiality of the public service considered as an essential prerequisite of responsible government.

In *Fraser, supra*, Dickson C.J., speaking for the full Court, stressed "the importance and necessity

tions des provinces». Cette interprétation restreinte ne pouvait être conciliée avec l'arrêt *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600, dans lequel on avait jugé que les priviléges et immunités des députés de l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse et les lois accordant l'immunité contre la responsabilité civile pour les paroles et la conduite devant l'Assemblée, étaient des matières visées par le par. 92(1). Ces matières ne pouvaient pas, en principe, être incluses sous la rubrique V de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voici ce que cette Cour affirme à ce sujet dans l'arrêt *Blaikie*, précité, aux pp. 1024 et 1025:

c Le fait que l'arrêt *Fielding v. Thomas* touche à des questions relatives à la constitution de la province, dans la mesure où il porte sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province, n'appuie pas la thèse de l'appelant sur la portée illimitée du par. 92(1). Ce dernier peut évidemment viser des changements comme ceux qui font l'objet de l'arrêt *Fielding v. Thomas* ainsi que d'autres matières qui ne sont pas expressément régies par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* mais font implicitement partie de la constitution de la province. Mais cela ne signifie pas nécessairement que l'art. 133 puisse être modifié unilatéralement. De fait, l'argument va trop loin car, ainsi qu'on l'a fait valoir, il permettrait de modifier la liste des pouvoirs législatifs compris dans l'énumération des catégories de sujets qui figure ensuite à l'art. 92, et l'on n'est pas allé jusqu'à avancer cette prétention. [Je souligne.]

Nous devons maintenant appliquer ces critères aux dispositions contestées en l'espèce.

g À mon avis, il est évident que ces dispositions sont de nature constitutionnelle en ce sens qu'elles portent sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement en Ontario et qu'elles imposent aux membres d'un organe du gouvernement des obligations pour mettre en œuvre un principe de gouvernement. La fonction publique de l'Ontario est cet organe du gouvernement. L'obligation est celle qui est imposée aux membres de la fonction publique de s'abstenir d'exercer les activités politiques envisagées par les dispositions contestées. Le principe de gouvernement est l'impartialité de la fonction publique considérée comme une condition essentielle à l'existence d'un gouvernement responsable.

j Dans l'arrêt *Fraser*, précité, le juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la Cour au com-

of an impartial and effective public service" at p. 469. He then continued as follows on the same page and on pp. 469-70:

There is in Canada a separation of powers among the three branches of government—the legislature, the executive and the judiciary. In broad terms, the role of the judiciary is, of course, to interpret and apply the law; the role of the legislature is to decide upon and enunciate policy; the role of the executive is to administer and implement that policy.

The federal public service in Canada is part of the executive branch of Government. As such, its fundamental task is to administer and implement policy. In order to do this well, the public service must employ people with certain important characteristics. Knowledge is one, fairness another, integrity a third.

As the Adjudicator indicated, a further characteristic is loyalty. As a general rule, federal public servants should be loyal to their employer, the Government of Canada. The loyalty owed is to the Government of Canada, not the political party in power at any one time. A public servant need not vote for the governing party. Nor need he or she publicly espouse its policies. [The underlining is mine.]

It can similarly be said that the public service in Ontario is a part of the executive branch of the government of Ontario. The ministers and the executive council of Ontario would be powerless and quite incapable of administering the province if they were deprived of the public service and left to their own device. The government of a large modern state is impossible to manage without a relatively large public service which effectively participates in the exercise of political power under the supervision of responsible ministers:

[TRANSLATION] However, while a public servant always remains a citizen he is also a servant of the State. As the holder of a small part of governmental authority and possessor of exceptional prerogatives at common law, the public servant shares in the exercise of power. This is indeed the reason that the State imposes a duty of loyalty and silence on him. Would not allowing public servants to exercise their political freedoms to the fullest risk compromising the action, even the very existence, of established governments, paralyze political control and weaken the confidence of individuals in government, if the public servant were to fail to demonstrate the impartiality of the government?

plet, souligne, à la p. 469, qu'il est «important et nécessaire d'avoir une fonction publique impartiale et efficace». Il ajoute alors, aux pp. 469 et 470:

a Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement—le législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques.

b La fonction publique fédérale au Canada fait partie de l'exécutif du gouvernement. À ce titre, sa tâche fondamentale est d'administrer et d'appliquer les politiques. Pour bien accomplir sa tâche, la fonction publique doit employer des personnes qui présentent certaines caractéristiques importantes parmi lesquelles les connaissances, l'équité et l'intégrité.

c Comme l'arbitre l'a indiqué, il existe une autre caractéristique qui est la loyauté. En règle générale, les fonctionnaires fédéraux doivent être loyaux envers leur employeur, le gouvernement du Canada. Ils doivent être loyaux envers le gouvernement du Canada et non envers le parti politique au pouvoir. Un fonctionnaire n'est pas tenu de voter pour le parti au pouvoir. Il n'est pas non plus tenu d'endosser publiquement ses politiques. [Je souligne.]

f On peut dire de la même manière que la fonction publique en Ontario fait partie de l'exécutif du gouvernement de l'Ontario. Les ministres et le conseil exécutif de l'Ontario seraient impuissants et tout à fait incapables d'administrer la province s'ils étaient privés de la fonction publique et laissés à leurs propres moyens. Il est impossible de gouverner un grand État moderne sans une fonction publique relativement importante qui participe efficacement à l'exercice du pouvoir politique sous la surveillance de ministres responsables:

h Cependant, si le fonctionnaire demeure toujours un citoyen il est aussi le serviteur de l'État. Détenteur d'une parcelle de la puissance publique, jouissant de prérogatives exorbitantes du droit commun, le fonctionnaire participe à l'exercice du pouvoir. C'est pour cette raison d'ailleurs que l'État lui impose l'obligation de loyauté et de réserve. Reconnaître au fonctionnaire le plein exercice de ses libertés politiques ne risquerait-il pas de compromettre l'action, voire l'existence même, des gouvernements en place, de paralyser la direction politique de la nation, d'ébranler la confiance des administrés dans l'administration advenant que le fonctionnaire se départisse de l'impartialité dont l'administration doit faire preuve?

(Patrice Garant, *La fonction publique canadienne et québécoise* (Québec 1973), at pp. 347-48.)

So much for the branch of government which is regulated by the impugned provisions. As for the principles of government which they purport to fulfil, I think that much of what the Ontario Court of Appeal had to say on the matter in the case at bar is apposite. MacKinnon A.C.J.O. wrote:

In Vol. II, Part 2, of *Law and Custom of the Constitution* (1908), Anson wrote at p. 69 that a principal feature of responsible government in colonial Canada was "the permanent tenure of office by the civil servant, and his exclusion from the Legislature". It was clearly the intention of those who framed the *British North America Act, 1867*, that responsible government should continue in Canada when they stated in the preamble to that Act that Canada was to have "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom".

The history of the development of the Legislature's control over the civil service and the gradual emancipation of civil service appointment from political patronage is of importance in determining what conventions existed in this connection at the time of Confederation. It helps determine what was imported into Canada in this regard by the words "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom".

In 1914 the MacDonnell Commission in the United Kingdom, in its report, pointed out that, as part of responsible government, it was necessary to impose upon civil servants some restraint on partisan political activities; this in turn would ensure and promote efficiency of public administration by civil servants. This view was adopted in 1949 by the Masterman Committee in its report on "The Political Activities of Civil Servants".

MacKinnon A.C.J.O. then quoted a passage of the MacDonnell Committee Report including the following one which was also quoted later by Dickson C.J. in *Fraser, supra*, at p. 471:

Speaking generally, we think that if restrictions on the political activities of public servants were withdrawn two results would probably follow. The public might cease to believe, as we think they do now with reason believe, in the impartiality of the permanent Civil Service; and Ministers might cease to feel the well-merited confidence which they possess at present in the loyal and faithful support of their official subordinates; indeed

(Patrice Garant, *La fonction publique canadienne et québécoise* (Québec 1973), aux pp. 347 et 348.)

Voilà en ce qui concerne la branche de gouvernement réglementée par les dispositions contestées. Quant aux principes de gouvernement qu'elles ont pour objet de favoriser, je pense qu'une bonne partie de ce qu'a dit la Cour d'appel de l'Ontario sur le sujet en l'espèce est juste. Le juge en chef adjoint MacKinnon écrit:

[TRADUCTION] Dans le volume II, partie 2 de l'ouvrage *Law and Custom of the Constitution* (1908), Anson écrit à la p. 69 qu'une caractéristique principale du gouvernement responsable dans le Canada colonial était «la permanence du fonctionnaire et son exclusion de la législature». Les rédacteurs de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867* ont clairement voulu que le gouvernement responsable se perpétue au Canada lorsqu'ils ont affirmé dans le préambule de cette loi que le Canada devait avoir «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

L'historique de l'évolution du contrôle de la législation sur la fonction publique et de l'affranchissement progressif, du patronage politique, des nominations dans la fonction publique est important pour déterminer quelles conventions existaient à cet égard à l'époque de la Confédération. Cela aide à déterminer ce qu'on a voulu dire au Canada à ce sujet par les mots «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

Au Royaume-Uni en 1914, la commission MacDonnell a souligné dans son rapport que, dans le cadre d'un gouvernement responsable, il était nécessaire d'imposer aux fonctionnaires des restrictions relativement aux activités politiques partisanes; cela permettrait d'assurer et de favoriser l'efficacité de l'administration publique par les fonctionnaires. Le comité Masterman a adopté ce point de vue en 1949 dans son rapport sur «The Political Activities of Civil Servants».

Le juge en chef adjoint MacKinnon cite alors un extrait du rapport du comité MacDonnell, dont le suivant repris plus tard par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Fraser*, précité, à la p. 471:

[TRADUCTION] D'une manière générale, nous croyons que si les restrictions relatives aux activités politiques des fonctionnaires devaient être levées, cela aurait probablement deux conséquences. Le public pourrait cesser de croire, comme nous pensons qu'il le fait maintenant avec raison, en l'impartialité de la fonction publique permanente; et les ministres pourraient cesser de sentir la confiance bien méritée qu'ils possèdent à l'heure

they might be led to scrutinise the utterances or writings of such subordinates, and to select for positions of confidence only those whose sentiments were known to be in political sympathy with their own.

If this were so, the system of recruitment by open competition would provide but a frail barrier against Ministerial patronage in all but the earlier years of service; the Civil Service would cease to be in fact an impartial, non-political body, capable of loyal service to all Ministers and parties alike; the change would soon affect the public estimation of the Service, and the result would be destructive of what undoubtedly is at present one of the greatest advantages of our administrative system, and one of the most honourable traditions of our public life.

MacKinnon A.C.J.O. continued:

The Masterman Committee, in its summary of conclusions, stated that "the political neutrality of the Civil Service is a fundamental feature of British democratic government and is essential for its efficient operation. It must be maintained even at the cost of some loss of political liberty by certain of those who elect to enter the Service". A subsequent committee on the subject in the United Kingdom (the Armitage Committee) reported in the same fashion in 1978.

MacKinnon A.C.J.O. then proceeded to make findings which in my view are as crucial as they are unassailable:

Clearly there was a convention of political neutrality of Crown servants at the time of Confederation and the reasoning in support of such convention has been consistent throughout the subsequent years. Whether it was honoured fully at that time in practice is irrelevant. The consideration is, as stated earlier, not as to the social desirability of the legislation but rather the fact that historically there was such a convention existing in 1867. It is difficult to take exception to Mr. Justice Labrosse's conclusion that: "Public confidence in the civil service requires its political neutrality and impartial service to whichever political party is in power" (p. 173 O.R., p. 328 D.L.R.). The impugned provisions seem to do no more than reflect the existing convention.

actuelle dans l'appui loyal et fidèle de leurs fonctionnaires; en fait, ils pourraient être portés à examiner à fond les paroles et les écrits de leurs subordonnés et à choisir pour occuper des postes de confiance, seulement ceux dont ils savent qu'ils partagent les mêmes sympathies politiques.

Si tel était le cas, le système de recrutement par concours public constituerait seulement une barrière fragile contre le népotisme ministériel au cours de toutes les années de service sauf au début; la fonction publique cesserait en fait d'être un organisme impartial, apolitique, capable de loyaux services envers tous les ministres et les partis; le changement aurait rapidement des effets sur l'opinion que le public se fait de la fonction publique et le résultat serait destructif à l'égard de ce qui est sans aucun doute, à l'heure actuelle, l'un des plus grands avantages de notre système administratif et l'une des traditions les plus honorables de notre vie publique.

1987 CanLII 7 (SCC)

d Le juge en chef adjoint MacKinnon poursuit:

[TRADUCTION] Dans le résumé de ses conclusions, le comité Masterman affirme que «la neutralité politique de la fonction publique est une caractéristique fondamentale du gouvernement démocratique britannique et est essentielle à son fonctionnement efficace. Elle doit être maintenue même au prix d'une certaine perte de liberté politique par certains de ceux qui choisissent d'entrer dans la fonction publique». Un comité ultérieur constitué pour étudier le sujet au Royaume-Uni (le comité Armitage) a conclu de la même façon en 1978.

Le juge en chef MacKinnon a alors tiré des conclusions qui, à mon avis, sont aussi cruciales qu'inattaquables:

[TRADUCTION] De toute évidence il existait une convention de neutralité politique des employés de Sa Majesté à l'époque de la Confédération et le raisonnement à l'appui de cette convention est demeuré le même tout au long des années qui ont suivi. Qu'elle fut complètement respectée à cette époque en pratique est sans importance. Ce qui importe, comme je l'ai déjà dit, ce n'est pas le caractère souhaitable des dispositions de la loi du point de vue social mais plutôt le fait que, historiquement, cette convention existait en 1867. Il est difficile de ne pas approuver la conclusion de M. le juge Labrosse selon laquelle «La confiance du public dans la fonction publique exige sa neutralité politique et son impartialité dans la prestation de ses services, peu importe le parti politique au pouvoir» (p. 173 O.R., p. 328 D.L.R.) Les dispositions contestées semblent ne faire rien de plus que refléter la convention existante.

I agree with these findings. I would however express the last one in more positive terms: to me, the impugned provisions do not merely seem to reflect the existing convention; they clearly give it the additional force and precision of legislative effect, and they are constitutional provisions by nature and *prima facie* competent under s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*.

b I do not think that this *prima facie* conclusion can be altered by the negative parts of the above-described tests.

Far from violating a fundamental term or condition of the union as was the case in *Blaikie, supra*, the impugned provisions give additional legislative effect to one of its basic tenets, the principle of responsible government. In this respect, the impugned provisions bear a closer relationship to those of the federal *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2, found constitutionally valid by this Court in *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182.

I do not think either that the rules introduced by the impugned provisions can be said to be incompatible with the implementation of the federal principle.

I understand that, according to the appellants' first submission, the impugned provisions are related to the exclusively federal subject of federal elections (*Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1, 5 A.C. 115), and that, according to their alternative submission, even if the impugned provisions are related to a provincial object, they cannot constitutionally extend to the federal subject of federal elections.

I doubt that either of these submissions reaches the level of the federal principle argument. But, be that as it may, I agree with neither of these submissions. I will deal with the second and alternative submissions in a separate chapter.

j As for the first submission, I take the view that it should be dismissed for the following reasons.

Je suis d'accord avec ces conclusions. Je formulerais toutefois la dernière en des termes plus positifs: à mon avis, les dispositions contestées ne semblent pas simplement refléter la convention existante; elles lui confèrent clairement la force et la précision additionnelles de l'effet législatif et elles sont de nature constitutionnelle et valides à première vue en vertu du par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

b Je ne crois pas que cette conclusion tirée à première vue puisse être modifiée par les parties négatives des critères déjà décrits.

c Loin de violer une condition fondamentale de l'union comme c'était le cas dans l'affaire *Blaikie*, précitée, les dispositions contestées confèrent un effet législatif additionnel à l'un de ses préceptes fondamentaux, le principe du gouvernement responsable. À cet égard, les dispositions contestées sont plus rapprochées de celles de la *Loi sur les langues officielles* fédérale, S.R.C. 1970, chap. O-2, que cette Cour a jugées constitutionnelles dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182.

f Je ne crois pas non plus que l'on puisse dire que les règles introduites par les dispositions contestées sont incompatibles avec la mise en œuvre du principe fédéral.

g Si je comprends bien, suivant le premier argument des appellants, les dispositions contestées ont trait au domaine de compétence exclusive fédérale que sont les élections fédérales (*Valin v. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, 5 A.C. 115) et, suivant leur argument subsidiaire, même si les dispositions contestées ont trait à un objet provincial, elles ne peuvent pas constitutionnellement aller jusqu'à s'appliquer à la matière fédérale que constituent les élections fédérales.

i Je doute que l'un ou l'autre de ces arguments atteigne le niveau de l'argument du principe fédéral. Quoi qu'il en soit, je ne suis d'accord avec ni l'un ni l'autre de ces arguments. Je traiterai du second argument, l'argument subsidiaire, dans un chapitre distinct.

j Quant au premier argument, je suis d'avis qu'il doit être rejeté pour les motifs suivants. Les dispo-

The impugned provisions constitute properly framed legislation which in no way affects the validity of federal elections or eligibility to the House of Commons, or qualifications or disqualifications to sit in this House; nor do they make the political activities which they contemplate unlawful; what they do is to create a disability from membership in the Ontario Public Service, thereby affecting a provincially created relationship; the impugned provisions are not aimed specifically at federal political activity; they are comprehensively aimed at regulating the political activities of Ontario public servants as such, that is as members of the executive branch of government, in order to safeguard their neutrality and impartiality. With all due respect, I can find no merits in the appellants' first submission.

In my opinion, the impugned provisions constitute an ordinary legislative amendment of the constitution of Ontario, within the meaning of s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867*.

However, let me say one word of caution before I conclude this chapter. The fact that a province can validly give legislative effect to a prerequisite condition of responsible government does not necessarily mean it can do anything it pleases with the principle of responsible government itself. Thus, it is uncertain, to say the least, that a province could touch upon the power of the Lieutenant-Governor to dissolve the legislature, or his power to appoint and dismiss ministers, without unconstitutionally touching his office itself. It may very well be that the principle of responsible government could, to the extent that it depends on those important royal powers, be entrenched to a substantial extent.

But there may be more to it.

In *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935, the Judicial Committee invalidated legislative provisions which empowered the electors of Manitoba to legislate directly by way of a referendum procedure. The Judicial Committee found the legislation in question invalid on some-

sitions contestées sont des mesures législatives bien formulées qui ne touchent aucunement ni à la validité des élections fédérales ou à l'éligibilité à la Chambre des communes, ni aux qualifications nécessaires pour siéger en cette chambre ou à l'inabilité à y siéger; elles ne rendent pas non plus illégales les activités politiques qu'elles envisagent; elles ne font que créer une incapacité de faire partie de la fonction publique de l'Ontario, portant ainsi atteinte à une relation créée par la province; les dispositions contestées ne visent pas spécifiquement les activités politiques fédérales; elles sont globalement destinées à réglementer les activités politiques des fonctionnaires de l'Ontario en tant que tels, c'est-à-dire en tant que membres de l'exécutif du gouvernement, dans le but de préserver leur neutralité et leur impartialité. Avec égards, je ne puis voir aucun bien-fondé dans le premier argument des appellants.

À mon avis, les dispositions contestées constituent une modification législative ordinaire de la constitution de l'Ontario au sens du par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Qu'il me soit cependant permis de faire une mise en garde avant de terminer ce chapitre. Le fait qu'une province puisse validement conférer un effet législatif à une condition préalable d'un gouvernement responsable ne signifie pas nécessairement qu'elle peut faire tout ce qui lui plaît du principe du gouvernement responsable lui-même. Ainsi, il n'est pas certain, à tout le moins, qu'une province puisse toucher au pouvoir du lieutenant-gouverneur de dissoudre l'assemblée législative, ou à son pouvoir de nommer et de destituer les ministres, sans toucher de manière inconstitutionnelle à sa charge elle-même. Il se peut fort bien que le principe du gouvernement responsable puisse, dans la mesure où il est fonction de ces pouvoirs royaux importants, être en grande partie intangible.

Mais il y a peut-être plus.

Dans *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935, le comité judiciaire a annulé des dispositions législatives qui permettaient aux électeurs du Manitoba de légiférer directement par voie de référendum. Le comité judiciaire a conclu que les dispositions en question étaient nulles pour

what narrow grounds related to the office of Lieutenant-Governor. The Judicial Committee was undoubtedly conscious of the fact that the technical flaws it found in the legislation could easily be corrected without any effect on the major feature of the legislation. Viscount Haldane, who delivered the reasons of the Judicial Committee, accordingly pronounced a deliberate and important *obiter* at p. 945, reading as follows:

No doubt a body, with a power of legislation on the subjects entrusted to it so ample as that enjoyed by a Provincial Legislature in Canada, could, while preserving its own capacity intact, seek the assistance of subordinate agencies, as had been done when in *Hodge v. The Queen* [9 App. Cas. 117], the Legislature of Ontario was held entitled to entrust to a Board of Commissioners authority to enact regulations relating to taverns; but it does not follow that it can create and endow with its own capacity a new legislative power not created by the Act to which it owes its own existence. Their Lordships do no more than draw attention to the gravity of the constitutional questions which thus arise.

While this *obiter* is confined to the particular facts of that case, it may stand for the wider proposition that the power of constitutional amendment given to the provinces by s. 92(1) of the *Constitution Act, 1867* does not necessarily comprise the power to bring about a profound constitutional upheaval by the introduction of political institutions foreign to and incompatible with the Canadian system.

3. *The Establishment and Tenure of Provincial Offices and the Appointment and Payment of Provincial Officers*

Section 92(4) of the *Constitution Act, 1867* empowers the province to make laws in relation to "The Establishment and Tenure of Provincial Offices and the Appointment and Payment of Provincial Officers". Parliament has been given a corresponding albeit differently described power by s. 91(8) relating to "The fixing of and providing for the Salaries and Allowances of Civil and other Officers of the Government of Canada".

des motifs quelque peu restreints liés à la charge de lieutenant-gouverneur. Le comité judiciaire était sans doute conscient du fait que les vices qu'il a constatés dans les dispositions de la loi pouvaient être facilement corrigés sans aucunement modifier la caractéristique principale de la loi en question. Le vicomte Haldane, qui a rédigé les motifs du comité judiciaire, a donc de propos délibéré formulé une opinion incidente mais importante, à la p. 945:

[TRADUCTION] Nul doute qu'un organisme jouissant sur les matières qui relèvent de sa compétence, d'un pouvoir de légiférer aussi étendu que celui qui appartient à une législature provinciale au Canada pourrait, tout en préservant l'intégrité de ses propres pouvoirs, se faire aider par des organismes subordonnés. Ceci était le cas lorsque, dans l'affaire *Hodge v. The Queen* [9 App. Cas. 117], il a été décidé que la législature de l'Ontario avait le droit de confier à un bureau de commissaires le pouvoir d'édicter des règlements relatifs aux tavernes; il ne s'ensuit pas toutefois qu'il peut créer et doter de sa propre capacité un nouveau pouvoir législatif non créé par la loi à laquelle il doit sa propre existence. Leurs Seigneuries ne font ici rien d'autre que souligner la gravité des questions constitutionnelles qui se posent à cet égard.

Bien que cette opinion incidente ne vise que les faits particuliers de cette affaire, elle peut étayer la proposition plus générale que le pouvoir de modification constitutionnelle que le par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux provinces ne comprend pas nécessairement le pouvoir de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien.

3. *La création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux*

Le paragraphe 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* habilité la province à légiférer concernant «la création et la durée des charges provinciales, ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux». Le Parlement s'est vu conférer un pouvoir correspondant, quoique décrit différemment au par. 91(8), concernant «la fixation et le paiement des traitements et allocations des fonctionnaires civils et autres du gouvernement du Canada».

Neither of these provisions seems to have been the object of much comment, doctrinal or judicial.

In the second edition of *The Law of the Canadian Constitution* (1904), at p. 261, Clement writes that the item covered by s. 92(4) "is the guarantee for the continuance of 'responsible government.'" In *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 247, the Judicial Committee implicitly overruling *Lenoir v. Ritchie* (1879), 3 S.C.R. 575, relied upon s. 92(4), in combination with s. 92(1) and (14), to find *intra vires* an Ontario statute empowering the Lieutenant-Governor to confer precedence by patents upon such members of the bar of the province as he thinks fit to select.

However, what matters much more than the paucity of comment is the fact that the powers bestowed upon Parliament and the legislature by ss. 91(8) and 92(4) of the *Constitution Act, 1867* have been exercised on a large scale without challenge ever since 1867. The lack of challenge does not mean that these powers are either axiomatic or unimportant. If the federal level of government were made entirely dependent upon provincial instrumentalities by the Constitution, Canada would run the risk of becoming but a loose and precarious confederacy. On the other hand, it might become a highly centralized state if the converse situation were to prevail. Furthermore, the rules of responsible government might become hopelessly blurred in such hypothetical cases. Sections 91(8) and 92(4) of the *Constitution Act, 1867* thus constitute provisions of fundamental importance, essential to the federal principle and to responsible government.

The impugned provisions are aimed at federal as well as provincial political activities and constitute a term or condition of tenure of provincial office, enforced by compulsory resignation or dismissal. Their object is to ensure in this respect, not partial virtue, but global political independence for provincial officers. Far from violating the federal principle, their aim is to reinforce it and to secure the operation of responsible government within a federal framework.

Aucune de ces dispositions ne semble avoir fait l'objet de beaucoup de commentaires, ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence.

^a Dans la seconde édition de l'ouvrage intitulé *The Law of the Canadian Constitution* (1904), à la p. 261, Clement écrit que le par. 92(4) vise [TRADUCTION] «à assurer le maintien d'un «gouvernement responsable». Dans l'arrêt *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1898] A.C. 247, le comité judiciaire rejetant implicitement l'arrêt *Lenoir v. Ritchie* (1879), 3 R.C.S. 575, s'est fondé sur le par. 92(4), pris conjointement avec les par. 92(1) et (14), pour juger constitutionnelle une loi ontarienne qui habilitait le lieutenant-gouverneur à accorder, par lettres patentes, préséance aux membres du barreau de la province qu'il voulait bien désigner.

^b ^c ^d Toutefois, ce qui importe beaucoup plus que la rareté des commentaires est le fait que les pouvoirs accordés au Parlement et aux législatures par les par. 91(8) et 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont été largement exercés sans aucune contestation depuis 1867. L'absence de contestation ne signifie pas que ces pouvoirs sont axiomatiques ou sans importance. Si la Constitution faisait entièrement reposer le palier fédéral de gouvernement sur des rouages provinciaux, le Canada courrait le risque de devenir une confédération faible et précaire. Par contre, dans le cas inverse, il pourrait devenir un État très centralisé. En outre, les règles du gouvernement responsable pourraient devenir désespérément floues dans ces cas hypothétiques. Les paragraphes 91(8) et 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont donc des dispositions d'une importance fondamentale et essentielles au principe fédéral et au gouvernement responsable.

^h

ⁱ Les dispositions contestées visent les activités politiques tant fédérales que provinciales et constituent une condition de la durée d'une charge provinciale, qui doit être observée sous peine de démission ou destitution obligatoires. Elles ont pour objet d'assurer à cet égard non pas une impartialité incomplète, mais l'indépendance politique globale des fonctionnaires provinciaux. Loin de violer le principe fédéral, elles visent à le renforcer et à assurer le fonctionnement d'un gouvernement responsable à l'intérieur d'un régime fédéral.

In my opinion, the constitutional validity of the impugned provisions may also be supported under s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867* which in any event buttresses the argument already made under s. 92(1).

4. *The McKay Case and Other Related Matters*

The appellants sought to support their main challenge, but more particularly their alternative challenge to the impugned provisions, by relying on several judgments of this Court, among which *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248; *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, and *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218.

I propose to discuss only the *McKay* case on which appellants put special reliance.

In *McKay*, the Court held that a municipal by-law prohibiting the display of signs in a residential zone was inapplicable to federal election signs.

Moses and Sarah *McKay* had been convicted by a Justice of the Peace on a charge of unlawfully maintaining a sign on their premises, contrary to the by-law in question, and fined \$25 each. The sign was displayed by the appellants on the railing of a veranda forming part of their residence during the period of a federal election. The sign urged the people to vote for a certain candidate. The by-law forbade all display of signs except those of a type not including the sign displayed by the appellants. The validity of the by-law or of the enabling legislation was not raised, but it was contended by the appellants that, on its true construction, the by-law was not intended to have the effect of forbidding the use of such a sign during the period of an election to Parliament.

On a stated case, the conviction was quashed by a judge of the Supreme Court of Ontario—[1963]

À mon avis, la constitutionnalité des dispositions contestées peut aussi être étayée en vertu du par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui, en tout état de cause, appuie l'argument déjà soumis en vertu du par. 92(1).

4. *L'arrêt McKay et d'autres affaires connexes*

Les appellants cherchent à étayer leur moyen principal, mais plus particulièrement leur moyen subsidiaire dirigé contre les dispositions contestées, en invoquant plusieurs arrêts de cette Cour dont *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248, *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292, *McKay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, et *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218.

^a Je me propose d'analyser seulement l'arrêt *McKay* sur lequel les appellants se sont appuyés plus particulièrement.

^e Dans l'arrêt *McKay*, la Cour a conclu qu'un règlement municipal interdisant l'installation d'enseignes dans un secteur résidentiel ne s'appliquait pas aux pancartes placées dans le cadre d'une élection fédérale.

^f Un juge de paix avait reconnu Moses et Sarah *McKay* coupables d'avoir placé illégalement une enseigne sur leur propriété, contrairement au règlement en question, et les avait condamnés à une amende de 25 \$ chacun. Les appellants avaient installé la pancarte sur le garde-fou de la galerie qui faisait partie de leur résidence, au cours d'une campagne électorale fédérale. La pancarte incitait les gens à voter pour un certain candidat. Le règlement interdisait toute installation d'enseignes sauf celles d'un type déterminé dont ne faisait pas partie la pancarte posée par les appellants. Les appellants n'ont pas soulevé la question de la validité du règlement ou de la loi habilitante, mais ils ont prétendu que, correctement interprété, le règlement n'avait pas été conçu pour interdire l'utilisation d'une telle pancarte dans le cadre d'une élection au Parlement.

^j Suite à un exposé de cause, un juge de la Cour suprême de l'Ontario a annulé la déclaration de

2 O.R. 162—but restored by the Court of Appeal, [1964] 1 O.R. 641.

This Court, by a majority of five to four, allowed the appeal and set aside the conviction.

Cartwright J., as he then was, delivered the reasons of the majority. He took the view that the Justice of the Peace and the Court of Appeal had given effect to the by-law as if it specifically provided that, during an election to Parliament, no owner of property in the particular zone covered by the by-law should display any sign soliciting votes for a candidate at such election. Such an enactment, he held, would be *ultra vires* of the province as being in relation to proceedings at a federal election.

Furthermore, Cartwright J. wrote at p. 804: "A political activity in the federal field which has theretofore been lawful can . . . be prohibited only by Parliament". And, at p. 805, he went on to say that if the by-law was construed as it had been by the Justice of the Peace and the Court of Appeal, "it does not merely affect, it destroys the right of the appellants to engage in a form of political activity in the federal field which has heretofore been possessed and exercised by electors without question". Cartwright J. accordingly concluded that the by-law should be "read down" so that its operation be restricted to matters within the power of the enacting body, which included neither proceedings at a federal election nor the right of federal electors to engage in a lawful form of political activity.

Martland J. delivered the reasons of the minority. He held in essence that the by-law was a law of general application in relation to property. It should apply to the facts of that case because, assuming it had some effect on proceedings at federal elections and on the means of propaganda used by an individual or by a political party during a federal election campaign, such effect was permissible as being incidental and in no way interfer-

culpabilité ([1963], 2 O.R. 162), mais la Cour d'appel l'a rétablie ([1964] 1 O.R. 641).

Cette Cour, à la majorité de cinq contre quatre, a accueilli le pourvoi et annulé la déclaration de culpabilité.

Le juge Cartwright, alors juge puîné, a rédigé les motifs des juges formant la majorité. À son avis, le juge de paix et la Cour d'appel avaient appliqué le règlement comme s'il interdisait spécifiquement, au cours d'une élection au Parlement, à tout propriétaire foncier dans le secteur visé par le règlement d'installer une enseigne invitant les gens à voter pour un candidat à cette élection. Une telle disposition, a-t-il conclu, outrepasserait la compétence de la province pour le motif qu'elle se rapporte à des activités relatives à une élection fédérale.

Le juge Cartwright ajoute à la p. 804: [TRADUCTION] «Une activité politique dans le domaine fédéral qui a jusqu'à maintenant été légale ne peut [...] être interdite que par le Parlement». Il poursuit, à la p. 805, en disant que si le règlement était interprété comme l'avaient fait le juge de paix et la Cour d'appel, [TRADUCTION] «il ne [ferait] pas qu'affecter, il anéanti[rait] le droit des appellants d'exercer une forme d'activité politique dans le domaine fédéral, dont les électeurs ont jusqu'à maintenant joui et bénéficié sans contredit». Le juge Cartwright a par conséquent conclu que le règlement devait recevoir [TRADUCTION] «une interprétation atténuée» de manière à ne s'appliquer qu'à des matières qui relèvent de la compétence de l'organisme qui l'a adopté, ce qui ne comprenait ni les activités relatives à une élection fédérale ni le droit des électeurs au niveau fédéral de se livrer à une forme licite d'activité politique.

Le juge Martland a rédigé les motifs des juges formant la minorité. Il a conclu essentiellement que le règlement était une disposition d'application générale relative à la propriété. Il devait s'appliquer aux faits de cette affaire car, en supposant qu'il avait quelque effet sur les activités relatives à une élection fédérale et sur les moyens de propagande utilisés par un individu ou un parti politique au cours d'une campagne électorale fédérale, cet

ing with the working of parliamentary institutions of Canada.

The appellants submit that *McKay* is determinative of the case at bar. They contend that the two cases raise an almost identical issue, that the impugned provisions prohibit certain types of participation in federal elections and that such prohibitions are unconstitutional on the authority of *McKay*.

Both Labrosse J. and the Ontario Court of Appeal distinguished *McKay* from the case at bar and, respectfully, I think they were right in doing so.

The prohibition in *McKay* was an absolute one, and it was enforced with penal consequences. In his reasons for judgment in *McKay*, Cartwright J. repeatedly emphasized the prohibition aspect of the by-law under consideration in that case. I should add that municipal by-laws of the same nature are in force by the thousand in the cities and towns of Canada, a consideration which, although it was not referred to in *McKay*, may explain the reluctance of the majority to accept the proposition that by-laws of this type affected the proceedings at federal elections in an incidental manner only.

In the case at bar, by contrast, the political activities contemplated by the impugned provisions are not made unlawful. These provisions are in the nature of detailed regulations. Failure to comply with them is a ground for dismissal. No other sanction is prescribed. The public servant who is not prepared to accept them can resign. Nor do I think that such a public servant is thereby deprived of any "right" unless it be thought that he has a right to his office. But at common law, and apart from statute, a civil servant holds office during pleasure. As was correctly put by the respondent in his *factum*,

The challenged provisions in effect confer rights and protect the service by making . . . provisions for leaves of absence and by securing a position in the service to those who cease to hold elective office within five years.

effet était acceptable parce qu'il était accessoire et qu'il ne portait atteinte en aucune façon au fonctionnement des institutions parlementaires du Canada.

^a Les appellants font valoir que l'arrêt *McKay* est déterminant en l'espèce. Ils prétendent que les deux affaires soulèvent une question presque identique, que les dispositions contestées interdisent certains types de participation à des élections fédérales et que ces interdictions sont inconstitutionnelles suivants l'arrêt *McKay*.

^b Le juge Labrosse et la Cour d'appel de l'Ontario ont tous les deux établi une distinction entre l'affaire *McKay* et la présente espèce et, avec égards, je crois qu'ils ont eu raison de le faire.

^c Dans l'affaire *McKay*, l'interdiction était absolue et elle était sanctionnée par une peine. Dans les motifs de jugement qu'il a rédigés dans l'affaire *McKay*, le juge Cartwright souligne à maintes reprises l'aspect prohibitif du règlement alors à l'étude. J'ajouterais que des milliers de règlements municipaux de même nature sont en vigueur dans les cités et villes du Canada, ce qui, même si on ne l'a pas mentionné dans l'arrêt *McKay*, peut expliquer l'hésitation de la majorité à accepter la proposition que les règlements de ce type ne touchaient que de façon accessoire aux activités relatives à une élection fédérale.

^d En l'espèce, par contre, les activités politiques envisagées par les dispositions contestées ne sont pas déclarées illégales. Ces dispositions tiennent de règlements détaillés. Y désobéir constitue un motif de renvoi. Aucune autre sanction n'est prescrite. Le fonctionnaire qui n'est pas disposé à les accepter peut démissionner. Je ne pense pas non plus que ce fonctionnaire soit ainsi privé d'un «droit» à moins qu'on ne croie qu'il a un droit à sa charge. Mais, en *common law*, et indépendamment de la loi écrite, un fonctionnaire détient sa charge à titre amovible. Comme le dit à juste titre l'intimé dans son *mémoire*,

[TRADUCTION] Les dispositions contestées confèrent effectivement des droits et protègent la fonction publique en prévoyant [...] des congés et en assurant un poste dans la fonction publique à ceux qui cessent d'occuper un poste élu dans les cinq ans.

Such regulations in my view are quite distinct from a blanket prohibition.

The distinction between prohibition and regulation is admittedly more frequently made in administrative law than in constitutional law. But I believe it is relevant in a case such as the case at bar where what has to be measured is the impact, direct or indirect, of provincial legislation upon a federal area of legislative competence. I am of the view that, whatever effect the impugned provisions may have upon the subject of federal elections and the right of federal electors to engage in political activities, it is an indirect or incidental effect; and the reason is that, far from being in the nature of a prohibition, they are in fact permissive at certain conditions which are imposed as incidents of the status of provincial public servants.

The *McKay* case can be further distinguished by the fact that s. 71 of the *Canada Elections Act*, S.C. 1960, c. 39, provided that "Every printed advertisement, handbill, placard, poster or dodger having reference to any election shall bear the name and address of its printer and publisher . . ." It had been submitted by Counsel for the appellants *McKay* that Parliament had thereby "occupied the field". Cartwright J. did not find it necessary to reach a definite conclusion on this submission but he said he inclined to agree with it and, at p. 805, he commented on s. 71 of the *Canada Elections Act* as follows:

This indicates that Parliament contemplates that persons other than candidates may post up placards and posters having reference to an election and subjects the practice to a limited form of regulation. The impugned by-law forbids such posting up altogether on residential property, which will often be the only place on which the owner of that property has the right to post up such a placard.

In regulating the posting of placards and posters during a federal election, Parliament had implicitly recognized the right to do so, subject to the regulations. The by-law under consideration in *McKay* deprived the appellants of that right and collided with a paramount provision of the *Canada*

À mon avis, cette réglementation n'a rien d'une prohibition de portée générale.

La distinction entre interdiction et réglementation est certes plus fréquente en droit administratif qu'en droit constitutionnel. Mais je crois qu'elle est pertinente dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, où il faut apprécier les répercussions, directes ou indirectes, d'une loi provinciale sur un champ de compétence législative fédérale. J'estime que, quel que soit l'effet que les dispositions contestées peuvent avoir sur le sujet des élections fédérales et sur le droit des électeurs fédéraux d'exercer des activités politiques, il s'agit d'un effet indirect ou accessoire; et la raison en est que, loin de tenir d'une interdiction, elles accordent en fait une faculté à certaines conditions qui sont imposées comme accessoires au statut de fonctionnaires provinciaux.

On peut établir une autre distinction d'avec l'affaire *McKay* du fait que l'art. 71 de la *Loi électorale du Canada*, S.C. 1960, chap. 39, prévoyait que «Tout imprimé de la nature d'une annonce, d'un prospectus, d'un placard, d'une affiche ou d'une circulaire ayant trait à une élection doit porter le nom et l'adresse de l'imprimeur et de l'éditeur . . .» L'avocat des appellants *McKay* avait soutenu que le Parlement avait ainsi [TRADUCTION] «occupé le domaine». Le juge Cartwright n'a pas estimé nécessaire de tirer une conclusion définitive sur cet argument, mais il a affirmé qu'il était enclin à l'accepter et, à la p. 805, il a commenté ainsi l'art. 71 de la *Loi électorale du Canada*:

[TRADUCTION] Cela indique que le Parlement envisage que des personnes autres que les candidats peuvent poser des placards et des affiches ayant trait à une élection et qu'il assujettit cette pratique à une forme limitée de réglementation. Le règlement contesté interdit tout à fait cet affichage sur une propriété résidentielle qui est souvent le seul endroit où le propriétaire a le droit d'apposer un tel placard.

En réglementant l'installation de placards et d'affiches pendant une élection fédérale, le Parlement avait implicitement reconnu le droit de le faire, sous réserve des règlements. Le règlement à l'étude dans l'affaire *McKay* privait les appellants de ce droit et se heurtait à une disposition de la *Loi*

Elections Act. In the case at bar, it has not been argued that the impugned provisions were in conflict with any federal enactment.

It seems to me also that the provisions which are impugned in the case at bar present distinguishing features which are almost unique in that they form part of an integrated scheme of both orders of government in Canada. Under s. 32 of *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, federal civil servants are also prevented, except under certain conditions, from engaging into political activities in the provincial as well as in the federal field. And, according to the Ontario Court of Appeal, six other provinces and the two territories have enacted similar legislation. This integrated scheme, considered as a whole, is meant to protect the principle of responsible government which is common to both orders of government. To accept the appellants' submission would mean that the federal legislation is unconstitutional in so far as it is directed at political activities in the provincial field. But so to hold would be to create a constitutional gap which neither level of government would be able to fill since obviously, it is not open to Parliament to determine the terms and conditions under which provincial civil servants hold office in Ontario any more than it is open to Ontario to do the same with respect to federal civil servants. But to leave a constitutional gap impossible to fill even by the joint legislative action of both orders of government violates the principle according to which, under the *Constitution Act, 1867*, the distribution of legislative competences is an exhaustive one.

The fallacy of the appellants' position, this being said with respect, is reflected in the following submission written in their factum:

It is submitted that control over political activity by civil servants in federal elections is not integral to the provincial objective of maintaining impartiality in the development and application of public policy in Ontario because:

- (1) federal and provincial governments have different areas of jurisdiction, and federal and provincial elections raise different political issues.

électorale du Canada qui l'emportait sur lui. On n'a pas fait valoir en l'espèce que les dispositions contestées entraient en conflit avec une disposition fédérale.

^a Il me semble aussi que les dispositions contestées en l'espèce comportent des traits distinctifs presque uniques en ce sens qu'elles font partie d'un régime intégré de deux ordres de gouvernement au Canada. L'article 32 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, interdit également aux fonctionnaires, sauf dans certaines circonstances, de participer à des activités politiques aussi bien au niveau provincial que fédéral. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, six autres provinces et les deux territoires ont adopté des dispositions semblables. Considéré dans son ensemble, ce régime intégré vise à protéger le principe du gouvernement responsable, commun aux deux ordres de gouvernement. Accepter l'argument des appellants signifierait que la mesure législative fédérale est inconstitutionnelle dans la mesure où elle touche aux activités politiques dans le domaine provincial. Mais cette conclusion aurait pour effet de créer une lacune constitutionnelle qu'aucun des deux paliers de gouvernement ne serait capable de combler puisque, évidemment, il n'est pas loisible au Parlement de déterminer les conditions auxquelles les fonctionnaires provinciaux détiennent une charge en Ontario, pas plus que l'Ontario ne peut le faire à l'égard des fonctionnaires fédéraux. Cependant, laisser une lacune constitutionnelle impossible à combler même par l'action législative conjointe des deux ordres de gouvernement viole le principe selon lequel, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le partage des compétences législatives est exhaustif.

^b Avec égards, l'erreur dans la position des appellants se reflète dans l'argument suivant qu'ils ont soumis dans leur mémoire:

[TRADUCTION] Nous soumettons que le contrôle de l'activité politique des fonctionnaires lors d'élections fédérales ne fait pas partie intégrante de l'objectif provincial de maintenir l'impartialité dans l'élaboration et l'application d'une politique générale en Ontario parce que:

- ^c (1) les gouvernements fédéral et provincial ont des champs de compétence différents, et les élections fédérales et provinciales soulèvent des questions politiques différentes.

I have a few comments to make on this submission. First, it does not make allowance for nor respond to the paragraph of the agreed statement of facts according to which the organization and philosophy of the various political parties both federally and provincially are agreed to be the same.

Furthermore, and quite apart from that paragraph of the agreed statement of facts, it seems to me that the submission expresses a point of view totally divorced from the facts of political life in a federation such as Canada, and from certain features of the Canadian Constitution itself.

Under the *Constitution Act, 1867*, some legislative powers are shared by Parliament and the legislatures, as in the case of old age pensions, agriculture and immigration.

Other areas of constitutional competence are closely complementary. Thus the criminal law power is federal and the power over the administration of justice is provincial.

But even the fact that, in many areas, legislative competence is distributed in exclusive terms, does not change the nature of politics and political activity which is essentially to choose between various priorities. Should more of the public funds be spent on the armed forces, an exclusively federal field, or on education, an exclusively provincial one? Such a dilemma could arise in a federal as well as in a provincial election for there is no specific forum for it. The plain fact is that even in a federation with divided jurisdictions, the object of the political discourse, the ultimate form of political activity, remains indivisible.

It follows therefore that if Ontario wanted to ensure the impartiality of its public servants, it had no choice but to include political activities in the federal field in the impugned provisions. The alternative would have made it miss its target altogether. The effect of these provisions on federal politi-

J'ai quelques observations à faire au sujet de cet argument. Premièrement, il ne tient pas compte de l'alinéa de l'exposé conjoint des faits selon lequel l'organisation et la philosophie des différents partis politiques tant fédéraux que provinciaux sont reconnues comme étant les mêmes, et il n'y apporte aucune réponse.

En outre, et indépendamment de cet alinéa de l'exposé conjoint des faits, ce moyen me semble exprimer un point de vue qui ne tient aucun compte des réalités de la vie politique dans une fédération comme le Canada et de certaines caractéristiques de la Constitution canadienne elle-même.

En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement et les assemblées législatives se partagent certains pouvoirs législatifs comme, par exemple, en matière de pensions de vieillesse, d'agriculture et d'immigration.

D'autres domaines de compétence constitutionnelle sont étroitement complémentaires. Ainsi la compétence en matière de droit criminel est fédérale et la compétence en matière d'administration de la justice est provinciale.

Mais même le fait que, dans de nombreux domaines, la compétence législative soit partagée de manière exclusive ne change pas la nature de la politique et de l'activité politique qui consiste essentiellement à choisir entre diverses priorités. Devrait-on consacrer davantage de fonds publics aux forces armées, un domaine de compétence exclusivement fédérale, ou à l'éducation, un domaine de compétence exclusivement provinciale? Un tel dilemme pourrait surgir aussi bien dans une élection fédérale que dans une élection provinciale car il n'y a pas de tribune spéciale pour traiter cette question. Le fait est que même dans une fédération qui présente des compétences partagées, l'objet du débat politique, la forme ultime d'activité politique, demeure indivisible.

Il en résulte donc que, si l'Ontario voulait assurer l'impartialité de ses fonctionnaires, il devait nécessairement inclure dans les dispositions contestées les activités politiques liées au domaine fédéral, sinon il aurait complètement raté son objectif. L'effet de ces dispositions sur les activités politi-

cal activities is not only incidental, it is necessarily incidental.

V

The Fundamental Rights and Freedoms Argument

In their factum, the appellants made the following argument:

... Canadian constitutional jurisprudence recognizes the existence of certain fundamental political rights and freedoms in the citizens of this country to participate in federal political activities. No province has the power to reduce or to derogate from these rights and freedoms.

They sought to support this submission by referring *inter alia* to *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, and *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285.

Their counsel then launched into an oral argument based upon certain statements made in the unanimous judgment of this Court in *Fraser* and more particularly upon the following passage at pp. 462-63:

... "freedom of speech" is a deep-rooted value in our democratic system of government. It is a principle of our common law constitution, inherited from the United Kingdom by virtue of the preamble to the *Constitution Act, 1867*.

Counsel also referred to pp. 466-68 of *Fraser* relating to the balance that has to be struck between a federal employee's freedom of expression and the government's desire to maintain an impartial public service and stating the principles which ought to guide the balancing of conflicting values, starting with the proposition that some speech by public servants concerning public issues must be permitted. In the same pages, the factors to be taken into consideration are underlined, including the growth of the public sector, the inadmissibility of a blanket prohibition which would deny fundamental democratic rights to far too many people, the relative position of individual public servant within the service and the like.

ques fédérales n'est pas qu'accessoire, il est nécessairement accessoire.

V

"L'argument relatif aux droits et libertés fondamentaux"

Les appellants soumettent l'argument suivant dans leur mémoire:

[TRADUCTION] La jurisprudence constitutionnelle canadienne reconnaît l'existence de certains droits et de certaines libertés politiques fondamentaux pour les citoyens de ce pays de participer aux activités politiques fédérales. Aucune province n'a le pouvoir de réduire ces droits et libertés ou d'y déroger.

Ils ont cité notamment, à l'appui de cet argument, les arrêts *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, et *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285.

Leur avocat a ensuite entamé une plaidoirie fondée sur certaines affirmations contenues dans l'arrêt unanime rendu par cette Cour dans l'affaire *Fraser*, et plus particulièrement sur le passage suivant, aux pp. 462 et 463:

... la «liberté de parole» est une valeur profondément enracinée dans notre système de gouvernement démocratique. Il s'agit d'un principe de notre constitution de *common law*, que nous avons hérité du Royaume-Uni en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'avocat a également renvoyé aux pp. 466 à 468 de l'arrêt *Fraser* où l'on traite de l'équilibre qu'il faut établir entre la liberté d'expression d'un employé fédéral et la volonté du gouvernement de maintenir une fonction publique impartiale, et où l'on formule les principes qui devraient servir de guide pour équilibrer des valeurs contradictoires, à commencer par la proposition selon laquelle il est permis aux fonctionnaires de s'exprimer dans une certaine mesure sur des questions d'intérêt public. On souligne dans les mêmes pages les facteurs qui doivent être pris en considération, notamment la croissance du secteur public, l'inadmissibilité d'une interdiction générale qui refuserait à beaucoup trop de personnes l'exercice de droits démocratiques fondamentaux, la position relative du fonctionnaire en tant qu'individu à l'intérieur de la fonction publique, et ainsi de suite.

Counsel argued that the same kind of free speech is in issue in the *Fraser* case and in the case at bar and he submitted that the impugned provisions do not comply with the principles and guidelines stated in *Fraser*. Counsel argued more particularly that the impugned provisions are overbroad in that they apply to all civil servants, and, in some cases, to all Crown employees without any distinction between the types of jobs they perform. Furthermore, the impugned provisions cover too wide a range of political activities.

It can be seen that this line of argument is tantamount to one based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It constitutes a valiant attempt to go to the validity of the impugned provisions without the help of the *Charter*. I have never heard the overbreadth argument being made in a distribution of powers case except perhaps where colourability was alleged. As for the test relating to the balancing of conflicting values, it is of course highly relevant under s. 1 of the *Charter*, or in a common law or administrative law context such as the *Fraser* case. But in a distribution of powers case, once it is demonstrated that the enacting legislature is competent, the balancing of conflicting values depends on the political judgment of such legislature and cannot be reviewed by the courts without their passing upon the wisdom of the legislation.

Perhaps the *Fraser* case might have given some ammunition to the appellants if they had been allowed to rely on the *Charter*. I refrain from expressing any view on this point. But one thing is certain: the *Fraser* case had nothing to do with the validity of legislation in a distribution of powers sense, and, in my view, it does not help the appellants.

Perhaps the appellants' strongest argument was the one based on the existence in Canada of certain fundamental rights to participate in certain political activities. For this argument, they relied

L'avocat soutient que c'est le même genre de liberté d'expression qui est en cause dans l'affaire *Fraser* et en l'espèce et il prétend que les dispositions contestées ne sont pas conformes aux principes et aux directives énoncés dans l'arrêt *Fraser*. Il fait valoir plus particulièrement que les dispositions contestées ont une portée trop large du fait qu'elles s'appliquent à tous les fonctionnaires et, dans certains cas, à tous les employés de Sa Majesté sans aucune distinction entre les genres de fonctions qu'ils remplissent. En outre, les dispositions contestées visent un trop large éventail d'activités politiques.

On peut constater que ce genre d'argument équivaut à un argument fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il constitue une valeur tentative de s'attaquer à la validité des dispositions contestées sans l'aide de la *Charte*. Je n'ai jamais entendu parler de l'argument relatif à la portée trop large dans le contexte d'une affaire de partage des pouvoirs sauf peut-être dans des cas où on alléguait qu'il y avait législation déguisée. Quant au critère relatif à l'établissement de l'équilibre entre des valeurs contradictoires, il est évidemment tout à fait pertinent en vertu de l'article premier de la *Charte*, ou dans un contexte de *common law* ou de droit administratif comme dans l'affaire *Fraser*. Mais dans une affaire de partage des pouvoirs, lorsqu'on a démontré que le législateur a agi dans les limites de sa compétence, l'établissement de l'équilibre entre des valeurs contradictoires repose sur le jugement politique de ce législateur et ne peut pas être révisé par les tribunaux sans qu'ils examinent la sagesse de la mesure législative.

L'arrêt *Fraser* aurait peut-être pu apporter de l'eau au moulin des appellants s'ils avaient été autorisés à invoquer la *Charte*. Je m'abstiens d'exprimer quelque opinion sur ce point. Cependant, une chose est certaine: l'affaire *Fraser* n'avait rien à voir avec la validité d'une mesure législative sur le plan du partage des pouvoirs et, à mon avis, elle n'est d'aucun secours aux appellants.

Le meilleur argument des appellants est peut-être celui fondé sur l'existence, au Canada, de droits fondamentaux de participer à certaines activités politiques. À l'appui de cet argument, ils ont

on such cases as *Reference re Alberta Statutes* and *Switzman v. Elbling, supra*.

There is no doubt in my mind that the basic structure of our Constitution, as established by the *Constitution Act, 1867*, contemplates the existence of certain political institutions, including freely elected legislative bodies at the federal and provincial levels. In the words of Duff C.J. in *Reference re Alberta Statutes*, at p. 133, "such institutions derive their efficacy from the free public discussion of affairs . . ." and, in those of Abbott J. in *Switzman v. Elbling*, at p. 328, neither a provincial legislature nor Parliament itself can "abrogate this right of discussion and debate". Speaking more generally, I hold that neither Parliament nor the provincial legislatures may enact legislation the effect of which would be to substantially interfere with the operation of this basic constitutional structure. On the whole, though, I am inclined to the view that the impugned legislation is in essence concerned with the constitution of the province and with regulating the provincial public service and affects federal and provincial elections only in an incidental way.

I should perhaps add that issues like the last will in the future ordinarily arise for consideration in relation to the political rights guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which, of course, gives broader protection to these rights and freedoms than is called for by the structural demands of the Constitution. However, it remains true that, quite apart from *Charter* considerations, the legislative bodies in this country must conform to these basic structural imperatives and can in no way override them. The present legislation does not go so far as to infringe upon the essential structure of free Parliamentary institutions.

VI

Conclusion

I would answer the first constitutional question in the negative. I would not answer the second and third constitutional questions.

invocé des arrêts comme *Reference re Alberta Statutes* et *Switzman v. Elbling*, précités.

Dans mon esprit, il ne fait aucun doute que la structure fondamentale de notre Constitution établie par la *Loi constitutionnelle de 1867* envisage l'existence de certaines institutions politiques dont des corps législatifs librement élus aux niveaux fédéral et provincial. Pour reprendre les termes du juge en chef Duff dans *Reference re Alberta Statutes*, à la p. 133, [TRADUCTION] «l'efficacité de ces institutions découle de la libre discussion publique des affaires . . .» et, selon le juge Abbott dans *Switzman v. Elbling*, à la p. 328, ni une législature provinciale ni le Parlement lui-même ne peuvent [TRADUCTION] «abroger ce droit de discussion et de débat». De manière plus générale, je conclus que ni le Parlement ni les législatures provinciales ne peuvent légitimer de façon à porter atteinte sensiblement au fonctionnement de cette structure constitutionnelle fondamentale. Dans l'ensemble, cependant, je suis porté à croire que la mesure législative attaquée se rapporte essentiellement à la constitution de la province et à la réglementation de la fonction publique provinciale, et qu'elle ne touche aux élections fédérales et provinciales que d'une manière accessoire.

Je devrais peut-être ajouter qu'à l'avenir on sera normalement appelé à examiner des questions comme la dernière, en fonction des droits politiques garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* qui, il va sans dire, accorde à ces droits et libertés une protection plus large que celle commandée par les exigences structurelles de la Constitution. Toutefois, il reste qu'il est vrai que, indépendamment des considérations fondées sur la *Charte*, les corps législatifs dans notre pays doivent se conformer à ces impératifs structurels fondamentaux et qu'ils ne doivent en aucun cas y passer outre. La présente mesure législative ne vas pas jusqu'à porter atteinte à la structure fondamentale des institutions parlementaires libres.

VI

Conclusion

Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle par la négative et de ne pas répondre aux deuxième et troisième questions constitutionnelles.

I would dismiss the appeal and would not award costs.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—For the reasons given by Dickson C.J. and Beetz J., I agree that *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, c. 386, as amended, viewed in its entirety, is authorized by s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867*. I therefore need not consider s. 92(13) or (1) of the *Constitution Act, 1867*.

I agree with Dickson C.J. that *Mckay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, was wrongly decided.

As regards the other points in issue and the disposition of this case, I agree with Dickson C.J. and Beetz J.

Appeal dismissed; the first constitutional question is answered in the negative.

Solicitors for the appellants: Gowling & Henderson, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Ontario, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: James B. Taylor, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Attorney General for Alberta, Edmonton.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de ne pas accorder de dépens.

Version française des motifs rendus par

a LE JUGE LAMER—Pour les motifs donnés par le juge en chef Dickson et le juge Beetz, je suis d'accord pour dire que *The Public Service Act*, R.S.O. 1970, chap. 386 et modifications, est dans l'ensemble autorisé par le par. 92(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il ne m'est donc pas nécessaire d'examiner les par. 92(13) ou (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Je partage l'avis du juge en chef Dickson selon lequel l'arrêt *Mckay v. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, est erroné.

Quant aux autres questions en litige et à l'issue du présent pourvoi, je suis d'accord avec le juge en chef Dickson et le juge Beetz.

Pourvoi rejeté; la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Procureurs des appellants: Gowling & Henderson, Toronto.

Procureur de l'intimé: Procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

g Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Procureur général du Québec, Ste-Foy.

h Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

i Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

j Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Tab 6

CITATION: Masters' Association of Ontario v. Her Majesty The Queen, 2010 ONSC 3714
COURT FILE NO.: CV-09-381712
DATE: 2010-08-05

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

B E T W E E N:

THE MASTERS' ASSOCIATION OF)
ONTARIO, CAROL ALBERT and) *David W. Scott, Peter K. Doody and Nadia*
ANDREW THOMAS GRAHAM) *Effendi*, for the Applicants

Applicants)

- and -)

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT)
OF ONTARIO and THE ATTORNEY) *Sarah Kraicer and Josh Hunter*, for the
GENERAL FOR ONTARIO) Respondents

Respondents)

) **HEARD:** April 21-22, 2010,
) at Toronto, Ontario

Platana J.

Reasons For Judgment

Introduction

[1] The Applicant, the Masters' Association of Ontario, is a corporation without share capital which is comprised of all current masters in Ontario (both Case Management Masters and Traditional Masters).

[2] It has long been recognized masters are judicial officers. In 1870, the *Canada Law Journal*, a publication for the Upper Canada bar, commented:

The importance of having the office of Master filled by a man of ability as well as strict integrity will be admitted by every one who is at all aware of the duties discharged by that officer. He is not a mere ministerial officer; he is a judicial officer. Nor are the questions disposed of by him of a trifling character. Many

thousands of pounds are frequently involved in the references submitted to his judgment. He is daily called upon to hear and weigh evidence often submitted without a thorough examination, and under circumstances which render it more than ordinarily difficult justly to estimate its value. [Emphasis in original]

[3] The Applicant seeks a declaration, on a retroactive basis, that masters appointed pursuant to s. 86.1(1) of the *Courts of Justice Act* (“CJA”) (“Case Management Masters”) are entitled to the same salary and terms of office provided to masters pursuant to s. 87(8) of the *CJA* (“Traditional Masters”). Furthermore, the Applicant seeks a declaration, on a retroactive basis, that ss. 53(1)(b), 86.1(3)–(5.4), 86.1(7)–(9), and 86.2 of the *CJA*, and various Orders-in Council, relating to Case Management Masters’ remuneration and security of tenure, are *ultra vires* as violating the constitutional principle of judicial independence. In the alternative to the legislative remedy, the Applicant seeks the appointment of a commission to review, and make recommendations on, Case Management Masters’ terms of office.

[4] The parties agree that Case Management Masters are judicial officials who are entitled to the protection of judicial independence as set out in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, [1986] S.C.J. No. 50 and defined in: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, [1997] S.C.J. No. 75 (“*Provincial Court Judges’ Reference*”): security of tenure, financial security, and independent administration.

History

[5] The officer of Master grew out of the Clerk of the Crown and Pleas in the late 18th and early 19th centuries in Ontario. With exceptions, this Clerk exercised the same jurisdiction as a judge sitting in chambers in the Court of King’s Bench and the Court of Common Pleas. In 1837, the title and office of “Master” was created as part of the establishment of the Chancery Court in Upper Canada. In 1881, when a unified Supreme Court was created in Ontario, masters became masters of the entire Supreme Court.

The modern office of Master was created in 1923 when the office of Master in Ordinary and Master in Chambers was combined to create a single Master who had the same jurisdiction, with exceptions, of a Judge in Chambers. Masters also had other jurisdiction under the Rules, including reference jurisdiction, and statutory jurisdiction under the *Mechanics’ Lien Act*.

[6] Traditional Masters and their historical predecessors have always had a narrower jurisdiction than judges. From the merger of the separate pre-Confederation superior courts of common law and equity in 1881 to the enactment of the new *Rules of Civil Procedure* in 1984, the exceptions to Traditional Masters’ jurisdiction remained essentially the same. Traditional Masters had no jurisdiction in criminal proceedings, other proceedings affecting the liberty of the subject, appeals, applications for prohibition, mandamus, or injunctions, and contested proceedings involving vulnerable persons such as children, the mentally incompetent, and beneficiaries of trusts and estates. Masters could not hold trials except by reference from the

Suprene Court. These limitations reflected the historical origins of the office, the statutory limits placed on the office, and constitutional limits imposed by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

[7] The *Mechanics' and Wage-Earner's Lien Act, 1896*, gave masters the jurisdiction to hear actions for the enforcement of a lien. In *Ontario (Attorney General) v. Victoria Medical Building Ltd.*, [1960] S.C.R. 32, 21 D.L.R. (2d) 97, the Supreme Court of Canada held that the trial jurisdiction of masters in lien actions was *ultra vires* s. 96 of the *British North America Act*. As a result of this decision, masters now have jurisdiction to hear lien actions by reference. The reference jurisdiction of masters to hear lien actions continues to this day under the *Construction Lien Act*, R.S.O. 1990, c. C. 30.

[8] As of 1973, masters were appointed by the Lieutenant Governor in Council and held office at the pleasure of the government. The masters at Toronto were appointed under *The Public Service Act*. Their salaries were determined by the government and their position with respect to sick leave, vacations, pensions and disability benefits was the same as that of all other civil service employees.

[9] In 1973, the Ontario Law Reform Commission delivered a report which noted that

...the manner of appointment and the conditions of employment of the masters at Toronto are not appropriate to the nature of the office and the duties they are required to perform. [...]

The present status of the masters when called upon to give decisions in litigation to which the government is a party is not consistent with the concept of judicial independence. [...]

The present status of the masters at Toronto as civil servants is inconsistent with the judicial nature of the office they hold and should be changed accordingly.

[10] The Law Reform Commission recommended, among other things, that masters should be given the same security of tenure as provincial judges; that the *Judicature Act* be amended to provide that a master shall hold office during good behaviour and be removed from office before attaining retirement age only for misbehaviour or inability to perform the duties of the office, and only after a fair independent inquiry before a Supreme Court Judge; that the retirement age be fixed at 70 years; and that masters be provided with proper pension and disability benefits. The report also recommended that the salaries of masters be fixed by the Lieutenant Governor in Council.

[11] In 1975, the government acted on the recommendations by introducing reforms to the *Judicature Act*. The Attorney General, when introducing the legislation, stated:

The office of Master of the Supreme Court is frequently called upon to determine issues between the Crown and private individuals, a function which is inconsistent with the civil service status masters now hold. The first six sections of the Bill relate to the titles, appointments, tenure, conditions of employment, censure and

removal from office of masters. They ensure judicial independence equivalent to that presently enjoyed by provincial court judges under the *Provincial Courts Act*.

[12] The 1975 legislation provided that masters held office during good behaviour and could only be removed from office for misbehaviour or inability to perform the duties of the office and only after a fair inquiry before a judge of the Supreme Court of Ontario, and that the retirement age be fixed at 65 years. The salary, benefits, and pension entitlements continued to be set by the Lieutenant Governor in Council.

[13] In 1983, the legislature amended the *Judicature Act* to create the Ontario Provincial Courts Committee, to be composed of three members, one to be appointed by each of the Provincial Court judges and the Lieutenant Governor in Council, and the chair to be appointed jointly. The Committee was empowered to make recommendations to the Lieutenant Governor in Council in respect of remuneration, allowances, and benefits of provincial judges. By 1988, when the Committee's first report was issued, the prior Attorney General had agreed that the masters' pay and benefits would be the same as provincial judges'. The Committee recommended that this continue, given the complexity and monetary value of matters dealt with by masters, since masters were "clearly judicial officers."

[14] Effective July 1, 1984, the pension plan applicable to Provincial Court judges and Traditional Masters was converted from the Public Service Pension Plan to the Judicial Pension Plan with substantially better provisions.

The 1989 Court Reforms

[15] The legislature enacted a series of court reforms in Ontario, beginning in 1989. The *Courts of Justice Amendment Act, 1989* implemented the phasing out of the office of Traditional Master. Speaking in the Legislative Assembly in November 1989, First Deputy Chair, Mr. Sterling, stated:

It is the intention of the bill and the government's intention to phase out masters under this legislation. We intend to do that by the process of attrition. We do not intend, once the bill receives royal proclamation, to immediately get rid of them all. As a matter of fact, we are going to let them proceed to do the work that they have been doing in the past in the future. But it is clearly our intention not to appoint any more masters....

It is our intention to phase out masters through an attrition mechanism. It is our estimate that it will take about 10 to 15 years for that process to be completed....

[16] In 1989, the legislation which unified the County and District Courts and the Supreme Court of Ontario into the Ontario Court (General Division), and removed the appointment power for masters, also provided Traditional Masters with all of the protections for judicial independence enjoyed by provincial court judges, except that the Ontario Provincial Courts Committee, renamed the Provincial Judges Remuneration Commission, did not have jurisdiction to make recommendations on masters' terms of office. From this point, masters' terms ended at

65 years of age. They could, however, with the approval of the Chief Justice of the Ontario Court, continue as a full or part-time master until 70 years of age and, with the approval of the Judicial Council, until 75 years of age. Masters could only be removed from office on grounds of infirmity, conduct incompatible with the office, or failure to perform the duties of the office, and only on an address of the Legislative Assembly following a hearing before the Judicial Council. Their pay, however, continued to be set by the Lieutenant Governor in Council, without the benefit of an independent commission's recommendations.

[17] Section 2 of that Act repealed the power to appoint new Traditional Masters and s. 10 grandfathered the remaining Traditional Masters by maintaining their existing terms of office until they retired. Existing masters would continue to perform their functions, but ultimately would be phased out by attrition over the following 10 – 15 years. All but two of the Traditional Masters who were grandfathered in 1990 have now retired. Those two now serve on a part-time basis. There remains no legislative authority to appoint any new Traditional Masters and none have been appointed since these reforms were implemented.

[18] In 1994, the *Courts of Justice Act* was amended again to increase the protections to the judicial independence of both provincial judges and masters. Under these amendments, the decisions of the Provincial Judges Remuneration Commission in respect of pay and benefits (but not pensions) of provincial judges were made binding on the provincial government. All other protections for judicial independence set out above continued to apply to masters, except that following compulsory retirement at age 65, masters could continue on a full or part-time basis with the approval of only the Chief Justice of the Ontario Court. The procedure in respect of a hearing before the Judicial Council was strengthened in a number of ways: among others, the *Statutory Powers Procedures Act* applied to the hearing. Finally, with respect to pay and benefits for masters, s.87(8) of the *Courts of Justice Act* was enacted, which remains in force today:

87(8) masters shall receive the same salaries, pension benefits, other benefits and allowances as provincial judges receive under the framework agreement set out in the Schedule to this Act.

Case Management Masters

[19] In March 1995, the Ontario Civil Justice Review released its First Report. It concluded that pilot case management projects had been a success and recommended the implementation of case management on a province-wide basis. "Judicial Support Officers" were a new concept proposed by the Commission to assist judges in implementing case management:

While the position of judicial support officer has as part of its heritage the traditional office of Master in the Ontario system, it is *a newly formulated position* designed to perform a role more in keeping with the integrated system which the Civil Justice Review is recommending.

There is a wide range of activities between the administrative and ministerial functions performed by registrars and administrators, on the one hand, and the

functions performed by judges, on the other hand. These functions can be performed more expeditiously and in a more cost-effective manner by non-administrators and non-judges. They are those that do not require a judge appointed under section 96 of the *Constitution Act, 1982 [sic]* for their performance, but they do require legal training, some case management and ADR skills, and the ability to exercise an independent discretion and to make independent decisions of a *quasi-judicial* nature.

[20] The OCJR further described the intended role of judicial support officers (which by this point had been renamed “Case Management Masters”) in its Supplemental and Final Report released in November 1996:

... in order to allocate functions such as early screening of cases into appropriate streams, case management teams consisting of judges, judicial support officers (now to be called Case Management Masters) and a case management coordinator are to be established. This concept is more fully put forward and explained in our *First Report*.

A successful case management regime depends upon the appointment of an adequate number of Case Management Masters to support the work of the case management teams. It is fundamental to success that an analysis of each contested case be possible so that each matter can be resolved in the most appropriate way. It is expected that the Case Management Master will do this sorting and screening at an early case conference; indeed, one of his or her key functions will be to perform the early evaluation, screening and streaming of cases.

...

In addition, the Case Management Master will:

- preside over case conferences.
- hear procedural motions
- preside over or assist with settlement conferences and trial management conferences where appropriate and under the supervision of the Case Management Judge
- manage construction lien matters.

[21] Ontario implemented the recommendations of the OCJR in 1996. Two new sections, 86.1 and 86.2, were added to the *Courts of Justice Act* to create a new and distinct office of Case Management Master. Grandfathered Traditional Masters continued to be governed by s. 87. Provisions that were intended to give jurisdiction to Case Management Masters as well as to Traditional Masters were amended to refer to the two different offices separately.

[22] When the legislature enacted the amendments which revived the power of the Lieutenant Governor in Council to appoint masters it did so in the following way:

- (a) all of the references to masters which gave jurisdiction were amended to include "Case Management Masters"; and
- (b) all of the references to masters which provided protections of judicial independence to masters were not amended.

[23] In addition, the definition of "court" in Rule 1.03 was amended to include Case Management Masters in the following terms:

"court" means the court in which a proceeding is pending and, in the case of a proceeding in the Ontario Court (General Division), includes

- (a) a master having jurisdiction to hear motions under Rule 37, and
- (b) a Case Management Master.

[24] In January 1998, the Attorney General noted, in his address at the opening of the Courts in Toronto, that he had "brought back the office of the Master." Later that year, however, the Attorney General stated, in response to a specific query about the relationship between the two offices that:

It was my impression that we had forged a new office, unlike any other created previously, which would assist the judiciary in addressing the high costs and delays in the civil justice system.

In my view, the office of Case Management Master was never intended by government to replicate the office of master. Case Management Masters were intended to employ superior administrative and mediation skills, along with their knowledge of the law, to forge a new way of moving civil disputes toward a speedier resolution. ...

[25] In 1997, Rule 77, the original civil case management rule, was enacted. It originally applied to all actions commenced in Ottawa after January 2, 1997, and actions commenced in Toronto after December 2, 1991 that were randomly assigned to case management by the registrar. It was extended to Essex actions on December 31, 2002. It gave Case Management Masters and judges extensive powers to make orders, give directions, extend or abridge time prescribed by the rules, establish or amend a timetable, and convene case conferences.

[26] The *Courts of Justice Act* provides that a Case Management Master has the "jurisdiction of a master conferred by the rules of court" and "the case management jurisdiction conferred by the rules of court." It also provides that "every master has the jurisdiction conferred by the rules of court in the Superior Court of Justice." The effect of these changes was to ensure that masters appointed thereafter exercised the same jurisdiction as masters appointed before 1989, plus the case management duties set out in the rules.

[27] The *Rules of Civil Procedure* define "court" to include "a master having jurisdiction to hear motions under Rule 37" and "a Case Management Master." The effect of the definition of

"court" is to make it clear that either a Traditional Master or a Case Management Master has jurisdiction to deal with matters within the jurisdiction of a "court" under the *Rules of Civil Procedure*. This jurisdiction is shared with judges, but is only exercised by judges in places where there is no master. Rule 37 provides that a master has jurisdiction to hear any motion in a proceeding, and has all the jurisdiction of a judge in respect of a motion, except for certain narrowly defined exceptions.

[28] The *Construction Lien Act* allows a judge to refer a construction lien action for trial to a master assigned to the area in which the premises are located, or to a Case Management Master. As a result, both Traditional Masters and Case Management Masters conduct references of construction lien actions. Traditional Masters, however, may not hear references outside of the region to which they are assigned.

[29] The duties and responsibilities of Traditional Masters, which all of the current Case Management Masters either discharge or have jurisdiction to discharge, consist principally of the following:

- (a) hearing and adjudicating upon interlocutory motions within the masters' jurisdiction in non-case-managed actions (Rules 37.02(2) and 37.04);
- (b) adjudicating uncontested, unopposed, *ex parte* and contested motions brought in writing (Rule 37.12.1);
- (c) conducting references (Rules 54.02 and 55, and *Courts of Justice Act*, s.86.1(6)(a)); and
- (d) conducting and hearing reference trials and motions in actions brought pursuant to the *Construction Lien Act*.

[30] Judicial decisions of masters, both Traditional Masters and Case Management Masters, in areas of shared jurisdiction include:

- (a) granting a motion for summary judgment, and dismissing a claim for damages for improvident sale of land by a mortgagee;
- (b) awarding interim custody of a child or children and interim spousal support; and
- (c) dismissing construction lien actions.

[31] In Ottawa, Case Management Masters hear and adjudicate upon all motions for directions in estate matters, all motions arising from mandatory mediation in estate matters (Rules 75.06 and 75.1), and construction lien motions. They are also assigned as case managers in the Family Court of the Superior Court of Justice, and make orders, under a number of statutes, for matters including temporary custody, access, and child and spousal support.

[32] In Windsor, the Case Management Master did not exercise any Rule 77 case management jurisdiction. Instead, she filled the same role as had her predecessor, a Traditional Master. Any case management that she did was pursuant to the Essex Case Management Rules (the "Essex Rules") and not Rule 77. She conducted all the management conferences and settlement

conferences in family proceedings, pre-trials in Rule 76 simplified procedure proceedings and status hearings at Status/Assignment Court. She also heard motions under the Essex Rules. The previous Traditional Master exercised similar jurisdiction.

[33] By early 1999, the sitting time of the Case Management Masters in the Toronto Region was allocated to both Rule 77 case-managed actions and the work formerly carried on by Traditional Masters in actions which were not case-managed.

[34] Beginning in 2001, three Case Management Masters in Toronto each devoted a third of their sitting time to construction lien actions, formerly work done by the Traditional Masters and judges. Currently, two Case Management Masters devote all of their time to the construction lien work previously done by the Traditional Masters who are now either fully retired or working part-time.

[35] On December 31, 2004, a pilot project was introduced for new civil actions in Toronto whereby cases were no longer assigned automatically to case management, but instead had access to less structured case management, with Rule 77 case management available for specific circumstances. As a result, Case Management Masters in Toronto heard more motions in non-case-managed actions and devoted less time to case-managed actions.

[36] In May 2005, Rule 78 was introduced, which converted the pilot project to Rule 78. There was no change in Windsor or Ottawa where Rule 77 case management remained. Case Management Masters conducted settlement conferences under the old Rule 77 case-managed actions and in Rule 76 simplified rules actions.

The 2000 Application

[37] In July 2000, the Masters' Association of Ontario sought judicial review to obtain relief in respect of the lack of protection for judicial independence of Case Management Masters. The Superior Court offered a judicial pre-trial of the Application to which both sides agreed. With the assistance of the pre-trial judge, the parties reached a settlement in 2001, and agreed to Terms of Settlement "in full and final settlement of this litigation," which all of the then-sitting Case Management Masters personally ratified. The settlement provided for: a reappointment of Case Management Masters to successive seven-year terms unless the complaints process resulted in removal from office; an improvement in the complaints process to provide for an appeal on both fact and law to the Court of Appeal; a retroactive salary increase; future salary increases equivalent to 100.2847% of the maximum salary range and potential performance incentives that could be earned by members of the SMG3 classification in the Ontario civil service; and entitlement to join the regular Ontario Public Service Pension Plan as of the date of appointment.

[38] To implement the remuneration provisions of the Terms of Settlement, the government passed Order in Council 551/2002, which implemented the agreed-upon benefits and retroactively increased the salary of Case Management Masters from \$110,000 as follows:

Effective Date	Salary
January 1, 1997	\$150,000.00
April 1, 1997	\$150,000.00
April 1, 1998	\$153,500.00
April 1, 1999	\$153,500.00
April 1, 2000	\$153,500.00
April 1, 2001	\$155,000.00

[39] The parties subsequently agreed to replace Order in Council 551/2002 with Order in Council 458/2003. Rather than set out the annual salaries calculated in accordance with the Terms of Settlement as Order in Council 551/2002 had, Order in Council 458/2003 directly incorporated the formula set out in paragraph 3 of the Terms of Settlement:

Future adjustments to the salary paid to a Case Management Master will be tied to the salary range applicable to the SMG3 Classification on the basis of the following formula:

Effective November 1, 2001 the annual salary for Case Management Masters will be set at 100.2847% of the comparative SMG3 salary. The comparative SMG3 salary shall be set as a maximum of the salary range plus the maximum percentage performance incentive that can be earned. As this figure is adjusted, over time, the salary of Case Management Masters shall be increased and on the same effective dates as the new comparative SMG3 salary comes into force.

[40] The SMG3 salary is established by the management Board of Cabinet. Since the enactment of Order in Council 458/2003, Case Management Master salaries have been adjusted as follows:

Effective Date	Salary
April 1, 2002	\$155,000.00
April 1, 2003	\$164,341.55
April 1, 2004	\$164,341.55
April 1, 2005	\$174,721.01
April 1, 2006	\$174,721.01
April 1, 2007	\$184,928.00
April 1, 2008	\$190,463.21
April 1, 2009	\$190,463.21

[41] For 2009/10, the application of the formula in Order in Council 458/2003 would not have resulted in any increase in Case Management Masters' remuneration. Accordingly, in order to comply with the Order in Council, the salary of Case Management Masters effective April 1, 2009 remained constant at \$190,463.21.

[42] To implement the pension provisions of the Terms of Settlement, the government passed Orders-in-Council 553/2002 and 457/2003, which allowed Case Management Masters to elect to become members of the Public Service Pension Plan.

[43] Pursuant to the Terms of Settlement, the government introduced a bill to amend the *Courts of Justice Act* to provide for the enhanced tenure provisions that had been agreed to: automatic seven-year reappointments until retirement age, one-year reappointments from age 65 to age 75 with the approval of the Attorney General and the Chief Justice of the Superior Court of Justice, and the right to appeal disciplinary decisions of the Chief Justice to the Court of Appeal.

[44] The parties to this action are not the same as the parties to the settlement. The Applicant, Master Andrew Graham, was not a Case Management Master at the time of the settlement and did not agree to it. Of the 15 Case Management Masters in Ontario, seven were not parties to the agreement.

Linking of Traditional Masters to Provincial Court Judges

[45] From 1989, when the office of Traditional Master began to be phased out, the question of compensation for the grandfathered Traditional Masters had to be dealt with. In 1990, both provincial judges and the grandfathered Traditional Masters received a salary of \$110,460.

[46] The level of remuneration of provincial judges had been considered by the 1988 Ontario Provincial Courts Committee (the predecessor to the Provincial Judges' Remuneration Commission). The 1988 Committee had the mandate to make non-binding recommendations with respect to the remuneration of provincial judges. While it received representations from Traditional Masters, the 1988 Committee made it clear that it had no jurisdiction to consider the remuneration of Traditional Masters:

We have aimed our inquiry – and our recommendations – at subjects that lie within the range of matters remitted to us by legislation and by the agreement of July 21, 1987. Even as we did so, however, we were surprised by how much of what was said before us – especially at the oral hearings – focused on matters that lay outside our authority. We heard, for instance, from two groups of provincial judicial appointees who are not Provincial Court judges – the Supreme Court masters and the family law commissioners – who consider that the Ontario government has not dealt adequately with their concerns about their own compensation or working conditions.

Because it is not our function to do so, we shall not comment in this report upon these allegations or upon what, if anything, the Ontario government ought to do about them: strictly speaking, they concern us only when and where they affect our thinking about the compensation proper to Provincial Court judges.

[47] In 1992, the government partially accepted the 1988 Committee's recommendations and increased provincial judges' salaries to \$116,425. Later that year, the government enacted a regulation which automatically provided the grandfathered Traditional Masters with the same salary, benefits, and pension as provincial judges, thereby formally linking the remuneration of masters to that of provincial court judges. When the remuneration of Traditional Masters was formally linked to provincial judges in 1992, there were 16 grandfathered Traditional Masters remaining in office.

[48] Subsequent Commissions made recommendations which resulted in changes to the terms of office of provincial court judges. On August 5, 1992, the Provincial Judges' Remuneration Commission (a continuation of the Ontario Provincial Courts Committee) issued its second report. The Second Commission's recommendations were not implemented. Instead, later in 1992, Ontario entered into an agreement (the "Framework Agreement") which established a framework for the determination of provincial judges' remuneration. The Framework Agreement provided for a retroactive increase to the remuneration of provincial judges, and for the Provincial Judges' Remuneration Commission to make binding recommendations on judges' salary and benefits and non-binding recommendations on judicial pensions. The grandfathered Traditional Masters were not parties to the Framework Agreement.

[49] In 1994, the Framework Agreement was enacted into law as a schedule to the *Courts of Justice Act*. Section 87(8) was added to the *Courts of Justice Act*, which continued the formal link between the salaries of Traditional Masters and provincial judges first established by O.Reg. 68/92.

[50] Between May 26, 1997, and December 5, 2003, the Provincial Judges' Remuneration Commission issued further reports. After emphasizing the important constitutional functions the provincial judiciary performed, the Fifth Commission concluded that "judges who deal primarily with the liberty of the subject, and the court with which most citizens are most likely to come into contact, must be remunerated in a manner which signifies 'both to the sitting judges and to potential candidates, that the Ontario Government respects and trusts the professionalism and dedication of its judiciary.'"

[51] The 6th and 7th Provincial Judges' Remuneration Commissions were held together and released their report on February 25, 2008. A joint submission was made to the Commissions. The Traditional Masters were not parties to the joint submission. As of March 31, 2008, there was one full-time Traditional Master and two part-time Traditional Masters remaining. These Commissions recommended changes to the Judicial Pension Plan. The revised plan only applied to Traditional Masters who retired after April 25, 2008 and who had elected to opt into the revised plan. Traditional Masters who had already retired continued to receive the pension entitlements to which they were entitled at the time they retired. Only one full-time and two part-time Traditional Masters remained in office on April 25, 2008.

[52] Since 1992, Traditional Masters have automatically received the same salary increases as provincial judges. Since the office of Traditional Master was phased out in 1989, no Provincial Judges' Remuneration Commission has considered the role or responsibilities of Traditional Masters or has separately considered the remuneration of Traditional Masters. Instead, they have

all based their recommendations for increased salaries solely on the circumstances of provincial judges, and in particular, on provincial judges' greatly expanded criminal jurisdiction.

[53] The current salary and terms of office for Traditional Masters are as follows:

- a. Traditional Masters, for the fiscal year 2009-2010, are paid an annual remuneration of \$248,057; and
- b. A Traditional Master, retiring at age 65 with 15 years of service, receives 56% of his/her annual salary at retirement.

[54] No Commission since 1988 has received any representations from Traditional Masters or has separately considered the remuneration of Traditional Masters.

[55] In the absence of a commission to make recommendations in respect of the pay and benefits of Case Management Masters, their salary has increased from \$153,500 as of April 1, 2000 to \$190,463.21 as of April 1, 2009. During the same period of time, the salary of Traditional Masters increased from \$172,210 to \$248,057. A Traditional Master retiring at 65 with 15 years' service would receive a pension of \$135,523; a Case Management Master retiring at 65 with 15 years' service would receive a pension of \$48,908. Traditional Masters' salaries are now 30% more than those of Case Management Masters.

Comparisons with Other Legal Officers Paid by Ontario

[56] The Attorney General, in its evidence, suggests that Case Management Masters are paid more than most government lawyers. The Applicant submits that this is irrelevant to the issue of independence.

[57] During the period of time since the settlement of the 2000 application, the two associations of salaried lawyers employed by the Ontario Crown, the Crown Attorneys' Association and the Association of Law Officers of the Crown, engaged in collective bargaining. The maximum salaries of lawyers in the CC3 classification increased from \$144,908 in 2000 to \$208,881 in 2009 – 2010. For the calendar year ending December 31, 2008 or the fiscal year ending March 31, 2009, 177 lawyers employed by the Government of Ontario (10.6% of the total) earned more than Case Management Masters, as did, in 2008, the Deputy Attorney General and five of the six Assistant Deputy Attorneys General.

[58] Chairs of almost all regulatory and adjudicative agencies are paid at the minimum of the SMG3 range (\$146,700) upon their first appointment, the midpoint of the range (\$157,175) if reappointed for a second term, and the maximum of the range (\$167,650) if reappointed for a third term. Chairs of regulatory and adjudicative agencies are not eligible for merit or incentive pay (while Case Management Masters are). There are only five chairs who earn more than Case Management Masters: one chair who has been cross-appointed as chair of a cluster of adjudicative agencies, the chairs of the Ontario Energy Board and the Ontario Security Commission who are remunerated under separate by-laws passed by those boards under statutory authority, and the current chair of the Consent and Capacity Board and the current Conflict of

Interest Commissioner who are both provincial judges and are, as required by law, remunerated as such.

Changes in Circumstances since the Settlement

[59] Since the settlement, the positions in the SMG3 classification have changed. SMG3s are generally senior officials at the Assistant Deputy Minister level. Effective April 1, 2009, the salary range for SMG3s is \$146,700 to \$167,650. SMG3s may also earn incentive awards based on their individual performance. In respect of the period from January 1, 2009 to December 31, 2009, however, no incentive awards were payable to SMG3s earning more than \$150,000.

[60] The Respondent presents evidence that the remuneration and tenure of Case Management Masters, before and after the Terms of Settlement, have not impeded the recruitment of individuals of the highest professional caliber to be Case Management Masters. In 1997, forty-five applications were received for a Case Management Master competition in Windsor which resulted in one appointment. In 1998, ninety applications were received for a Case Management Master competition in Toronto which resulted in five appointments. In 2006, ninety-five applications were received for a Case Management Master competition in Toronto which resulted in two appointments. In 2009, eighty-two applications were received for a Case Management Master competition in Toronto which resulted in three appointments. Twenty-nine applications were received for the bilingual competition in Ottawa which closed on November 6, 2009.

[61] The Applicants do not dispute that all of the persons who have been appointed as Case Management Masters are highly qualified and have carried out their responsibilities in accordance with the highest standards.

[62] Since the settlement, other judicial officers in Ontario, including Small Claims Court judges, and Federal Court prothonotaries, have become entitled to a commission. In other jurisdictions, where the office of the master exists, such as Manitoba and British Columbia, the masters are entitled to receive the same salary and benefits, including pension plans, as judges of the Provincial Court.

Case Management Masters as Judicial Officers

[63] Case Management Masters are sworn into office publicly in a manner similar to judges. They are listed with all judges in the *Ontario Reports* with no distinction between Traditional Masters and Case Management Masters. Their reserve judgments are tracked for delay by the Regional Senior Justice as are those of judges. Their decisions are followed by legal databases and cited before Ontario courts at all levels.

[64] Case Management Masters are part of the same independent e-mail network designed for all judges in Ontario. They have access to the same judicial support services as are judges and

participate in regular continuing legal education services with judges. They have physical access to the same courthouse areas as do judges. They robe for hearings in court and are assisted by their registrars.

Applicant's Position

[65] The Applicant frames the issues to be determined in this application as:

Are the statutory provisions in respect of the determination of salary and emoluments, and security of tenure, of Case Management Masters *ultra vires* the Legislature of Ontario?

If so, what is the appropriate remedy?

Is the settlement of 2001 an impediment to the appropriate remedy being granted?

[66] The Applicants' submissions are divided between two related topics. First, the Applicants argue that Case Management Masters should receive the same terms of office as Traditional Masters. These submissions focus on the disparity between Case Management Masters' and Traditional Masters' terms of office, and on the allegation that the creation of the Office of Case Management Master was an indirect attack on the judicial independence of all masters. The Applicant relies on *Saskatchewan (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1949] A.C. 110, [1949] 2 D.L.R. 145 (P.C.), as authority for the proposition that the legislature may not do indirectly what the Constitution prohibits it from doing directly.

[67] The Applicant submits that the creation of the office of Case Management Master in 1996 was undertaken by the Province for illegitimate purposes. While the Province's abolishment of the office of Tradition Master was *bona fide* and *intra vires*, the creation of a new office that filled basically the same role as its predecessor, but was paid less and had less security of tenure, violated the constitutional principle of judicial independence. In short, the Applicant alleges that the province did not want to provide Case Management Masters with the same beneficial terms of office as Traditional Masters, and therefore created a separate office. This, the Applicants say, is an indirect attack on the judicial independence of the Office of Master. In support of this proposition, the Applicants rely on evidence showing that Case Management Masters currently perform the same work in our justice system as Traditional Masters, and have all of the same jurisdiction as Traditional Masters under the Rules, plus case management jurisdiction.

[68] The Applicant notes that Case Management Masters hear contested matters and make important judicial decisions that routinely affect the Provincial Crown. These matters include:

- (a) hearing and adjudicating upon interlocutory motions within the masters' jurisdiction in non-case-managed actions (Rules 37.02(2) and 37.04);

- (b) adjudicating uncontested, unopposed, *ex parte* and contested motions brought in writing (Rule 37.12.1);
- (c) conducting references (Rules 54.02 and 55, and *Courts of Justice Act*, s.86.1(6)(a)); and
- (d) conducting and hearing reference trials and motions in actions brought pursuant to the *Construction Lien Act*.
- (e) granting motions for summary judgment, and dismissing claims for damages for improvident sale of land by a mortgagee;
- (f) awarding interim custody of a child or children and interim spousal support;
- (g) dismissing construction lien actions; and
- (h) all jurisdiction in respect of case management.

[69] The Applicant relies on *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, [2002] S.C.J. No. 13, in submitting that any change to the remuneration conditions of judicial officers must necessarily pass through the institutional filter of an independent, effective and objective body so that the relationship between the judiciary and the executive or legislative remains depoliticized as far as possible. The Applicant argues that this requirement extends to the abolition of the right of a judge to sit, after reaching the retirement age, as a supernumerary judge. In this application, the financial remuneration of Case Management Masters is fixed by Order-in-Council according to salaries of civil servants and subject to salary freezes, as shown in the evidence. They submit this requirement is not met.

[70] Second, the Applicants submit that the terms of office of Case Management Masters, apart from the comparison with Traditional Masters, violate the principles of judicial independence.

[71] The Applicant presented the following chart to show a comparison of the elements of judicial independence granted to Case Management Masters and Traditional Masters, even after the settlement of 2001:

	Traditional masters	Case management masters
Security of Tenure - Term	Appointment to age 65 (<i>Courts of Justice Act</i> ("Act"), s. 47(1))	Seven-year term, with mandatory reappointment for seven year terms to age 65 unless misconduct process has resulted in removal (<i>Act</i> , ss. 86.1(3), (4), (5), and (5.1))
Security of Tenure - After Age 65	Continue, full or part time, with approval of Chief Justice, to age 75 (<i>Act</i> , ss. 47(3), 87(3) and	Continue for a one-year term, with approval of both the Chief Justice and the Attorney General

		Traditional masters	Case management masters
	(4))		
Security Tenure Complaints Process	of –	Same procedure as provincial judges before Ontario Judicial Council; right to preliminary investigation, mediation, and full hearing to which the <i>Statutory Powers Procedure Act</i> applies; can only be removed on address of Legislative Assembly (<i>Act</i> , ss. 87(3) and (6); ss. 44 to 51.12)	Unique procedure: complaint to Chief Justice; with potential referral to committee of a judge, case management master, and another person, all chosen by Chief Justice; report to Chief Justice with recommendations that Chief Justice does not have to follow; decision by Chief Justice up to removal from office; <i>Statutory Powers Procedure Act</i> does not apply to any of this process; appeal to Court of Appeal. (<i>Act</i> , s. 86.2)
Financial Independence Determination of Salary	– Determination of Salary	Binding recommendation of Provincial Judges Remuneration Commission (<i>Act</i> , Schedule)	Set by Lieutenant Governor in Council; in practice, the maximum amount which could be earned by SMG3 Classification (<i>Act</i> , s. 53(1)(b))
Financial Independence Parameters Pension Plan	– of	Judicial Pension Plan, same as provincial judges	Public Service Pension Plan

[72] Furthermore, the Applicant notes that no distinction is drawn between Case Management Masters and Traditional Masters by either the judiciary or the bar. In *Zeitoun v. Economical Insurance Group* (2008), 91 O.R. (3d) 131, [2008] O.J. No. 1771 (Div. Ct.); aff'd (2009) 96 O.R. (3d) 639 (C.A.), the Court of Appeal and the Divisional Court drew no distinction between Case Management Masters and Traditional Masters and held that decisions of both should receive the same deference on appeal as decisions of judges.

[73] The Applicant references The Honourable Coulter Osborne in his Summary of Findings and Recommendations of the Civil Justice Reform Project where he wrote:

Lastly, on the subject of masters, it seems to me that no useful purpose is served by maintaining the distinction between masters and Case Management Masters. All masters should exercise the same jurisdiction and receive the same salary. To avoid unseemly and costly disputes about remuneration, masters' remuneration should be linked to that of the Ontario Court judges.

[74] Filed as part of the Applicant's materials are indications that numerous lawyers' associations have expressed the view that Case Management Masters should be treated in exactly the same way as Traditional Masters with respect to the terms of their office, in order to protect judicial independence.

[75] With regards to financial security, the Applicant submits that the principle of judicial independence applies to all judicial officers and requires that:

- (a) judicial salaries can only be maintained or changed by reference to an independent commission, to avoid the possibility of, or the appearance of, political interference through economic manipulation;
- (b) while there is flexibility for designing the appropriate process for determining judicial compensation, that process must involve an independent, objective, and effective body to make recommendation with regard to judicial compensation; and,
- (c) under no circumstances is it permissible for the judiciary to engage in negotiations over remuneration with the executive or members of the legislature.

[76] The Applicants claim that the current terms of office of Case Management Masters fails these requirements: their salaries are set by an Order-in-Council and can be altered without the input of an independent commission. Moreover, there is no mechanism for Case Management Masters to have input into their remuneration short of direct negotiation with the province, which the Applicant submits is contrary to Constitutional requirement of judicial independence.

[77] The Applicants also argued that the members of the SMG3 class have been unilaterally altered by the province since 2001, making this group no longer an appropriate comparator. This point was not stressed during oral argument.

[78] With regards to Security of Tenure, the Applicant submits that the terms of Case Management Masters tenure after age 65 violates the principle of judicial independence. Since appointment for one year terms requires the approval of the Attorney General, an impartial observer could reasonably conclude that Case Management Masters might be influenced by this fact to rule in favour of the province.

[79] Lastly, the Applicant submits that the 2001 settlement is void *ad initio* because it breaches the constitutional guarantee of judicial independence.

[80] The Applicant argues that s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, mandates the striking down of any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution, to the extent of the inconsistency. They argue that "Courts may not apply invalid laws, and the same obligation applies to every level and branch of the government, including the administrative organs of the state." *Nova Scotia (Workers Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, [2003] S.C.J. No. 54 at para. 28. The Applicant references *Schacter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, [1992] S.C.J. No. 68 and asks that the offending portions be severed and that "Case Management

Masters" be "read in" to s. 87 of the *Courts of Justice Act* so that "masters" is defined to include Case Management Masters.

[81] In the alternative, the Applicant submits that the Court should grant a similar legislative remedy, except that it should leave the unique complaint process for Case Management Masters unaffected. In the further alternative, the Applicant seeks the appointment of a commission which is effective, permanent, independent, and objective to periodically review Case Management Masters' terms of Office.

Respondent's Position

[82] The Respondent's submissions are divided between two issues: the creation of the office of Case Management Master, and the level of judicial independence required for Case Management Masters.

[83] On the first issue, the Respondent submits that the office of Case Management Master was not a continuation of the office of Tradition Master, but was created as part of the introduction of case management in Ontario following the recommendations in the "First Report of the Ontario Civil Justice Review" which determined the need for "Judicial Support Officers" to assist judges in implementing case management. It was only in later reports that this office was referred to as "Case Management Master." While the scope of case management has varied in Ontario since 1996, case management remains an important component of the work performed by Case Management Masters.

[84] On the second issue, the Respondent argues that judicial independence is a flexible and contextual standard that varies across the spectrum of judicial officers. At one end of this spectrum are s. 96 judges who require the most stringent protections for judicial independence due to their role as guardians of the constitutions, final arbiters of disputes, and their ability to affect the liberty of the subject. The level of judicial independence required of other judicial offices will vary depending on the nature of disputes adjudicated. Limits on the role and jurisdiction of the office inform the analysis of what provisions are necessary to safeguard the essential conditions of judicial independence for that office.

[85] The Respondent cites the Supreme Court of Canada, in *Ontario (Attorney General) v. Victoria Medical Building Ltd.*, above, at 42-45, which held that masters' jurisdiction is constitutionally limited to "preliminary matters and proceedings in an action, necessary to enable the case to be heard, and with matters that are referred to that office under a judge's order." Case Management Masters, in keeping with this constitutional limitation, cannot:

- a) Make final determinations of substantive issues of fact or law;
- b) Conduct a trial or hear an application;
- c) Hear oral testimony, weigh evidence, assess credibility, and draw inferences;
- d) Determine the rights of vulnerable persons such as infants, persons who are mentally incapable, beneficiaries of trusts and estates, and unrepresented members of a class of parties;

- e) Grant injunctions and mandatory orders;
- f) Determine rights or interests in real property;
- g) Enforce settlement agreements; and
- h) Find persons in contempt.

[86] The Respondent then compared the jurisdiction of Case Management Masters to other judicial officers. Unlike superior court judges, masters do not have inherent jurisdiction, constitutionally enshrined core jurisdiction, the power to review inferior tribunals, the right to review the constitutional validity of laws or government action, the power to affect the liberty of the subject, or the power to try criminal offences.

[87] Unlike provincial judges, masters play no role in the criminal justice system or (with a few minor exceptions) in family cases, and do not determine substantive contested *Charter* issues. Provincial judges have been held to be entitled to a lower level of judicial independence than Superior Court judges: *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, [1992] S.C.J. No. 10. Specifically, provincial judges are entitled to a remuneration commission and hold office until retirement age, for a fixed term, or for a specific judicial task, not necessarily until age 75.

[88] Justices of the Peace require less security of tenure than provincial judges, yet they try provincial offences, hold bail hearings, issue warrants, and generally play an important role in the criminal justice system. Similarly, Quebec Municipal judges who have jurisdiction over municipal regulations, the Highway Safety Code, and Summary Conviction Offences are entitled to a lower level of judicial independence than Superior and Provincial Judges.

[89] Small Claims Court Deputy Judges make final decisions resolving substantive disputes. Masters, on the other hand, do not finally determine contested substantive matters. The Ontario Court of Appeal recently held that Deputy Judges are entitled to an independent, effective, and objective process for determining remuneration: *Ontario Deputy Judges' Assn. v. Ontario (Attorney General)* (2006), 80 O.R. (3d) 481, [2006] O.J. No. 2057 (C.A.) ("Ontario Deputy Judges' Association"). However, the Court of Appeal did not hold that these requirements could only be met through a formal commission to review remuneration, and opined that an objectively chosen comparator group might be sufficient. The Respondent submits that masters are entitled to a lower level of judicial independence than Deputy Judges.

[90] Based on these comparisons, the Respondent submits that masters are entitled to the lowest level of judicial independence of this group of judicial officers. As such, the Respondent argues that the current terms of office for Case Management Masters meet these requirements.

[91] With regards to security of tenure, the Respondent argues that the essential conditions of security of tenure are protected by an automatically renewed fixed term to age 65 and fixed one year terms thereafter, and removal only by judicial order after a judicial inquiry at which the Case Management Master has the right to be heard. They rely on *R. v. Valente*, [1985] 2 S.C.R. 673, [1985] S.C.J. No. 77 at paras. 53-54 where the Supreme Court of Canada discussed post-retirement reappointments and held, at para. 54, that: "it would not be reasonable to apprehend

that a provincial court judge would be influenced by the possible desire for one of these benefits or advantages to be less than independent in his or her adjudication.” Based on this finding, the Respondent submits that post-retirement benefits do not affect the judicial independence of Case Management Masters.

[92] Moreover, the Respondent notes that tenure and remuneration provisions now being challenged in this Application were specifically agreed to by the Masters’ Association of Ontario and all of the then sitting Case Management Masters in the 2001 Terms of Settlement. Counsel distinguishes *Provincial Judges Reference* which prohibited negotiations between judges and executive or legislatures. In this case, counsel argues, the context is important: the discussions were aimed at settling the litigation, were conducted in the normal court process, and did not pose the same risks of inappropriate bargaining – particularly where the parties were assisted by a superior court judge who could act as an “institutional sieve” to ensure improper political manipulation or pressures did not take place. The Respondent submits that this is sufficient to satisfy a reasonable and informed observer that Case Management Masters are provided with sufficient individual and institutional financial independence.

[93] Counsel submits that Master Albert and the Masters’ Association of Ontario signed Terms of Settlement in “full and final release” of their claims in the 2000 litigation and are therefore barred from bringing this application. While Master Graham is not barred, the agreement of the other parties in the earlier litigation is a factor to consider in determining whether the current regime is sufficiently effective, objective and independent to meet the constitutional requirements applicable to Case Management Masters.

[94] The Respondent’s position is that the existing terms of remuneration and tenure of Case Management Masters meet the essential requirements of the constitutional principle of judicial independence. Their remuneration is set by an independent, objective, and effective process that automatically links their remuneration to an objectively chosen comparator group. The Respondent notes that the salaries of all Case Management Masters are established by an Order-in-Council, and cannot be changed so as to affect any individual Case Management Master. Moreover, the salary level is pegged to a group of senior civil servants and the government has no ability to determine or freeze Case Management Masters’ Remuneration. This comparator group is objective, has been effective in increasing the salaries of Case Management Masters, and was agreed to in 2001 by the then serving masters.

[95] In sum, the Respondent argues that the *Courts of Justice Act* already provides sufficient protection for security of tenure and financial security to meet the constitutional requirement of judicial independence.

[96] If the current terms of office for Case Management Masters do not meet the minimal requirements of judicial independence, the Respondent submits that the appropriate remedy is to declare the impugned provisions and Orders-in-Council *ultra vires*, with the declaration of invalidity suspended for 12 months to permit the Province to fashion appropriate terms of office for Case Management Masters.

Legislation

[97] The relevant provisions of the legislation are provided below.

Regulations

53. (1) The Lieutenant Governor in Council may make regulations,

...

(b) fixing the remuneration of Case management masters and providing for the benefits to which they are entitled;

...

Case management masters

Appointment

86.1 (1) The Lieutenant Governor in Council, on the recommendation of the Attorney General, may appoint such Case management masters as are considered necessary.

Qualification

(2) No person shall be appointed as a case management master unless he or she has been a member of the bar of one of the provinces or territories of Canada for at least the period of time prescribed in the regulations or, for an aggregate of at least that period, has been a member of such a bar or served as a judge anywhere in Canada after being a member of such a bar.

Term of office

(3) A case management master holds office for seven years.

Reappointment

(4) Subject to subsections (5) and (5.1), a case management master shall be reappointed for an additional seven-year term at the expiry of his or her initial seven-year term and each subsequent seven-year term.

Expiry of term at age of 65

(5) If the case management master is 58 years of age or older, the reappointment under subsection (4) shall provide for a term that expires when he or she reaches the age of 65.

Resignation or removal from office

(5.1) Subsection (4) does not apply if,

(a) the case management master has resigned under section 48; or

(b) the Chief Justice has decided to remove the case management master from office under clause 86.2 (8) (g) and,

(i) the time for an appeal from the decision has expired without an appeal being filed, or

(ii) any appeal has been finally disposed of and the Chief Justice's decision has been confirmed.

Annual reappointments until age of 75

(5.2) A case management master who has reached the age of 65 may be reappointed by the Lieutenant Governor in Council, on the joint recommendation of the Attorney General and the Chief Justice, for a one-year term, subject to subsection (5.3); if the Attorney General and the Chief Justice so recommend, the Lieutenant Governor in Council shall reappoint the case management master.

Expiry of term at age of 75

(5.3) If the case management master is 74 years of age or older, the reappointment under subsection (5.2) shall provide for a term that expires when he or she reaches the age of 75.

No limit

(5.4) Subject to subsections (5) and (5.3), there is no limit to the number of times a case management master can be reappointed under subsection (4) and subsection (5.2).

Jurisdiction

(6) A case management master has,

- (a) the jurisdiction of a master conferred by the rules of court; and
- (b) the case management jurisdiction conferred by the rules of court.

Application of ss. 46 to 48

(7) Sections 46 to 48, except subsection 47 (3), apply to Case management masters, with necessary modifications, in the same manner as to provincial judges.

Same

(8) Section 46 does not apply in circumstances in which the rules of court require participation in alternative dispute resolution.

Standards of conduct

(9) The Chief Justice may establish standards of conduct for Case management masters.

Duty of Chief Justice

(10) The Chief Justice shall ensure that any standards of conduct are made available to the public, in English and French. 2006, c. 21, Sched. A, s. 15.

Masters

87.(1) Every person who was a master of the Supreme Court before the 1st day of September, 1990 is a master of the Superior Court of Justice.

Jurisdiction

(2) Every master has the jurisdiction conferred by the rules of court in proceedings in the Superior Court of Justice.

Application of ss. 44 to 51.12

(3)Sections 44 to 51.12 apply to masters, with necessary modifications, in the same manner as to provincial judges.

Exception

(4)The power of the Chief Justice of the Ontario Court of Justice referred to in subsections 44 (1) and (2) shall be exercised by the Chief Justice of the Superior Court of Justice with respect to masters.

Same

(5)The right of a master to continue in office under subsection 47 (3) is subject to the approval of the Chief Justice of the Superior Court of Justice, who shall make the decision according to criteria developed by himself or herself and approved by the Judicial Council.

Same

(6)When the Judicial Council deals with a complaint against a master, the following special provisions apply:

1. One of the members of the Judicial Council who is a provincial judge shall be replaced by a master. The Chief Justice of the Ontario Court of Justice shall determine which judge is to be replaced and the Chief Justice of the Superior Court of Justice shall designate the master who is to replace the judge.
2. Complaints shall be referred to the Chief Justice of the Superior Court of Justice rather than to the Chief Justice of the Ontario Court of Justice.
3. Subcommittee recommendations with respect to interim suspension shall be made to the appropriate regional senior judge of the Superior Court of Justice, to whom subsections 51.4 (10) and (11) apply with necessary modifications.

Same

(7)Section 51.9, which deals with standards of conduct for provincial judges, section 51.10, which deals with their continuing education, and section 51.11, which deals with evaluation of their performance, apply to masters only if the Chief Justice of the Superior Court of Justice consents.

Compensation

(8)Masters shall receive the same salaries, pension benefits, other benefits and allowances as provincial judges receive under the framework agreement set out in the Schedule to this Act. 1994, c. 12, s. 34.

Jurisprudence on Judicial Independence

[98] In *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, [1986] S.C.J. No. 50, the Supreme Court noted that the importance of judicial independence in Canada has long been recognized:

....Canadian constitutional history and current Canadian constitutional law establish clearly the deep roots and contemporary vitality and vibrancy of the principle of judicial independence in Canada. The role of the courts as resolver of disputes, interpreter of the law and defender of the Constitution requires that they be completely separate in authority and function from all other participants in the justice system.

[99] Judicial independence is an unwritten constitutional principle contained in the preamble to our *Constitution Act, 1867: Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, [1997] S.C.J. No. 75 ("Provincial Court Judges' Reference"):

...the express provisions of the Constitution Act, 1867 and the Charter are not an exhaustive written code for the protection of judicial independence in Canada. Judicial independence is an unwritten norm, recognized and affirmed by the preamble to the Constitution Act, 1867. In fact, it is in that preamble, which serves as the grand entrance hall to the castle of the Constitution, that the true source of our commitment to this foundational principle is located. However, since the parties and interveners have grounded their arguments in s. 11(d), I will resolve these appeals by reference to that provision.

[100] In the same decision, the court determined that judicial independence extends to all judicial actors:

The historical origins of the protection of judicial independence in the United Kingdom, and thus in the Canadian Constitution, can be traced to the Act of Settlement of 1701. As we said in Valente, *supra*, at p. 693, that Act was the "historical inspiration" for the judicature provisions of the Constitution Act, 1867. Admittedly, the Act only extends protection to judges of the English superior courts. However, our Constitution has evolved over time. In the same way that our understanding of rights and freedoms has grown, such that they have now been expressly entrenched through the enactment of the Constitution Act, 1982, so too has judicial independence grown into a principle that now extends to all courts, not just the superior courts of this country.

[101] Further, in *Provincial Court Judges' Reference* the court referenced the foundational aspects of judicial independence as being security of tenure, financial security, and independence of the Court's administration.

[102] In *R. v. Valente*, above, at paras. 27 and 40 security of tenure and financial security were defined as:

Security of tenure, because of the importance that has traditionally been attached to it, must be regarded as the first of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the Charter.

...

The second essential condition of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the Charter is, in my opinion, what may be referred to as financial security.... The essence of such security is that the right to salary and pension should be established by law and not be subject to arbitrary interference by the Executive in a manner that could affect judicial independence.

[103] In *Provincial Court Judges' Reference*, above, at paras. 131-135, the court stated:

Given the importance of the institutional or collective dimension of judicial independence generally, what is the institutional or collective dimension of financial security? To my mind, financial security for the courts as an institution has three components, which all flow from the constitutional imperative that, to the extent possible, the relationship between the judiciary and the other branches of government be depoliticized. As I explain below, in the context of institutional or collective financial security, this imperative demands that the courts both be free and appear to be free from political interference through economic manipulation by the other branches of government, and that they not become entangled in the politics of remuneration from the public purse.

I begin by stating these components in summary fashion.

First, as a general constitutional principle, the salaries of provincial court judges can be reduced, increased, or frozen, either as part of an overall economic measure which affects the salaries of all or some persons who are remunerated from public funds, or as part of a measure which is directed at provincial court judges as a class. However, any changes to or freezes in judicial remuneration require prior recourse to a special process, which is independent, effective, and objective, for determining judicial remuneration, to avoid the possibility of, or the appearance of, political interference through economic manipulation. What judicial independence requires is an independent body, along the lines of the bodies that exist in many provinces and at the federal level to set or recommend the levels of judicial remuneration. Those bodies are often referred to as commissions, and for the sake of convenience, we will refer to the independent body required by s. 11(d) as a commission as well. Governments are constitutionally bound to go through the commission process. The recommendations of the commission would not be binding on the executive or the legislature. Nevertheless, though those recommendations are non-binding, they should not be set aside lightly, and, if the executive or the legislature chooses to depart from them, it has to justify its decision -- if need be, in a court of law. As I

explain below, when governments propose to single out judges as a class for a pay reduction, the burden of justification will be heavy.

Second, under no circumstances is it permissible for the judiciary -- not only collectively through representative organizations, but also as individuals -- to engage in negotiations over remuneration with the executive or representatives of the legislature. Any such negotiations would be fundamentally at odds with judicial independence. As I explain below, salary negotiations are indelibly political, because remuneration from the public purse is an inherently political issue. Moreover, negotiations would undermine the appearance of judicial independence, because the Crown is almost always a party to criminal prosecutions before provincial courts, and because salary negotiations engender a set of expectations about the behaviour of parties to those negotiations which are inimical to judicial independence. When I refer to negotiations, I utilize that term as it is traditionally understood in the labour relations context. Negotiations over remuneration and benefits, in colloquial terms, are a form of "horse-trading". The prohibition on negotiations therefore does not preclude expressions of concern or representations by chief justices and chief judges, and organizations that represent judges, to governments regarding the adequacy of judicial remuneration.

Third, and finally, any reductions to judicial remuneration, including de facto reductions through the erosion of judicial salaries by inflation, cannot take those salaries below a basic minimum level of remuneration which is required for the office of a judge. Public confidence in the independence of the judiciary would be undermined if judges were paid at such a low rate that they could be perceived as susceptible to political pressure through economic manipulation, as is witnessed in many countries.

[104] Courts in Ontario recently dealt with the issue of financial security as it applies to Deputy Judges of the Small Claims Court. Our Court of Appeal noted that there is flexibility in designing the appropriate process for determining judicial compensation: *Ontario Deputy Judges' Assn.*, above, at para. 31 ("*Ontario Deputy Judges' Association*"):

While clearly there is room for flexibility in designing the appropriate process, that process must involve an independent, objective and effective body to make recommendations with regard to judicial compensation. In our view, the application judge was correct in his conclusion that the Order-in-Council process now in place does not satisfy the essential ingredients of being an independent, objective and effective body.

[105] Judicial independence is not necessarily uniformly determined. There is a spectrum of judicial independence required, depending on the nature of the judicial office: *R. v. Généreux*, above, at para. 40:

The essential conditions of independence, or basic mechanisms by which independence can be achieved, were discussed by Le Dain J. in Valente. He emphasized that a flexible standard must be applied under s. 11(d). Since s. 11(d) must be applied to a variety of tribunals, it is inappropriate to define strict formal conditions as the constitutional requirement for an independent tribunal.

Mechanisms that are suitable and necessary to achieve the independence of the superior courts, for example, may be highly inappropriate in the context of a different tribunal. For this reason, the Court chose to define three essential conditions of independence that can be applied flexibly, being capable of attainment by a variety of legislative schemes or formulas (at p. 694):

The standard of judicial independence for purposes of s. 11(d) cannot be a standard of uniform provisions. It must necessarily be a standard that reflects what is common to, or at the heart of, the various approaches to the essential conditions of judicial independence in Canada.

[106] I recognize that the decision in *Genereux* is based on s. 11(d), however, I see no reason to treat the principle of judicial independence differently when dealing with it as an unwritten constitutional principle.

[107] With regard to the minimum constitutional requirements for the process by which the remuneration of deputy judges is set, the Court of Appeal, in *Ontario Deputy Judges' Association*, above, at paras. 36-38, determined that a full-blown commission may not always be required:

The application judge required the AG to provide the Deputy Judges with recourse to a commission. We do not read the application judge's reasons as requiring a full-scale commission in the public hearing sense. The use of the word "commission" does not imply formal hearings, the calling of evidence, commission counsel, intervenors, business premises, publication or any of the other accoutrements common to public or judicial commissions.

As the Supreme Court said in the PEI Reference, at para. 133, the use of the word "commission" is simply a term of convenience to mean any body interposed between the judiciary and the other branches of government. The only requirement is that the proposed entity be independent, effective and objective.

The body chosen would produce a report to the government. Its recommendations, while non-binding, would not be set aside lightly, but rather would be considered in light of the parameters discussed in the PEI Reference, at paras. 133, 179-85; and Bodner, *supra*, at paras. 18-21.

Since the Order-in-Council process does not meet constitutional standards and the establishment of a full commission may not be required to meet those standards, we sought alternative proposals from counsel. Counsel for the AG put forward the option of appointing an independent single remuneration consultant to make recommendations on the appropriate remuneration. Counsel for the Deputy

Judges Association appeared receptive to this proposal. Another possible option would link judicial remuneration for Deputy Judges with the remuneration provided for an objectively-chosen comparator group. Moreover, we were advised that a law dean has been appointed to produce a report, which is to be released next month, that will include a consideration of options relating to judicial remuneration. Thus, we are persuaded that there are viable options available.

[108] The essence of security of tenure is that judicial officers must be free from arbitrary or discretionary removal from office: *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, [2003] S.C.J. No. 35 at para. 32:

The ultimate question in each case is whether a reasonable and informed person, viewing the relevant statutory provisions in their full historical [page875] context, would conclude that the court or tribunal is independent: *Valente, supra*, at p. 689. The perception of independence will be upheld if the essence of each condition of independence is met. The essence of security of tenure is that members of a tribunal be free from arbitrary or discretionary removal from office. See *Valente, supra*, at p. 698:

The essence of security of tenure for purposes of s. 11(d) is a tenure, whether until an age of retirement, for a fixed term, or for a specific adjudicative task, that is secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner.

[109] One of the issues raised in this application is that of post-retirement benefits, particularly pension benefits and post-65 reappointments. In *R. v. Valente*, above, at paras. 53-54, the Supreme Court stated that post-retirement benefits do not offend security of tenure:

It is necessary now to consider the effect on the individual independence of provincial court judges of the control exercised by the Executive over certain discretionary benefits or advantages. I have referred to the provisions of the Provincial Courts Act and the Courts of Justice Act, 1984 concerning post-retirement reappointment or continuation in office, which may be necessary to permit a judge to complete entitlement to pension.

... While it may well be desirable that such discretionary benefits or advantages, to the extent that they should exist at all, should be under the control of the judiciary rather than the Executive, as recommended by the Deschenes report and others, I to be one of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the Charter. In so far as the subjective aspect is concerned, I agree with the Court of Appeal that it would not be reasonable to apprehend that a provincial court judge would be influenced by the possible desire for one of these benefits or advantages to be less than independent in his or her adjudication. [Emphasis Added]

Discussion

[110] The judicial system in Canada is made up of a wide variety of judicial officers, up to and including the federally-appointed superior court judges whose remuneration and tenure are expressly protected by the *Constitution Act, 1867*. The Supreme Court has recognized that the requirements of judicial independence must be applied flexibility to different types of judicial officers. The Court has stated that the manner in which the essential conditions of independence may be satisfied varies in accordance with the nature of the court or tribunal and the interests at stake. The more limited the jurisdiction of a judicial officer, the less stringent the conditions which must be met to ensure the official's judicial independence.

[111] Masters, whether Traditional or Case Management Masters, do not have the functions reserved to superior court judges. They are appointed by the province and have the powers granted to them by provincial legislation and the Rules of Court. While they have no criminal jurisdiction, there can be no doubt that Case Management Masters make important judicial decisions that affect, from a practical perspective, the final outcome of civil litigation, examples of which include:

- motions under Rules 37.02(2) and 37.04;
- motions under Rule 37.12.1;
- references under Rules 54.02 and 55 and Courts of Justice Act s.86.1(6)(a);
- conducting and hearing reference trials;
- motions brought pursuant to the *Construction Lien Act*; and
- decisions awarding interim custody of a child or children and interim spousal support.

[112] The evidence in this application establishes that the actual role of Case Management Masters, whether by design or default, has significantly expanded since the 1996 and the 1997 case management Rule. When the last Traditional Master retires, all of the Traditional Masters judicial work will be discharged by Case Management Masters.

[113] I accept the argument of the Applicant that virtually all of the actors in the Ontario judicial system – with the obvious exception of the Respondent - view both Traditional Masters and Case Management Masters as being one and the same. As noted by the Honourable Coulter Osborne, “no useful purpose is served by maintaining the distinction between masters and Case Management Masters.” Further the evidence is clear that all masters are performing virtually the same work.

[114] With regards to security of tenure, initially, Case Management Masters were appointed for a fixed term of seven years, with the possibility of being reappointed for an

unlimited number of three-year terms thereafter at the recommendation of the Chief Justice of the Superior Court of Justice. Before the conclusion of a given fixed term, a Case Management Master could only be disciplined after a judicial inquiry at which the Case Management Master had the right to be heard. The committee made recommendations to the Chief Justice of the Superior Court who was responsible for determining what sanction, if any, was required. Any aspect of tenure which involves the consent of the Attorney-General does not meet the test of judicial independence.

[115] The Applicants challenge the terms of reappointment after age 65. *Valente* states that post-retirement reappointments do not raise concerns around security of tenure. However, the issue raised by the Applicants is that there are currently two kinds of tenure after reaching age 65 – Traditional Masters can continue in office until 75 with the approval of the Chief Justice, but Case Management Masters can only continue in office after 65 on a series of one-year terms, renewable only with the consent of both the Chief Justice and the Attorney General. In *Valente*, at para. 37, the Court determined that the second class of post-retirement tenure cannot reasonably be perceived as meeting the essential requirement of security of tenure:

With the greatest respect for the contrary view, where, as in the case of provincial court judges at the time Sharpe J. declined jurisdiction, the legislature has expressly provided for two kinds of tenure -- one under which a judge may be removed from office only for cause and the other under which a judge of the same court holds office during pleasure -- I am of the opinion that the [page703] second class of tenure cannot reasonably be perceived as meeting the essential requirement of security of tenure for purposes of s. 11(d) of the Charter. The reasonable perception is that the legislature has deliberately, in the case of one category of judges, reserved to the Executive the right to terminate the holding of office without the necessity of any particular justification and without any inhibition or restraint arising from perceived tradition.

[116] Here, just as in *Valente*, the province has created a group of Masters with a second class of post-retirement tenure, holding office after age 65 at the pleasure of the minister. Recognizing again that the work performed by both kinds of masters is essentially the same, it cannot reasonably be said that Case Management Masters are entitled to less security of tenure than Traditional Masters. This second class of tenure cannot be perceived as meeting the requirement of judicial independence.

[117] With regards to financial security, the salary and remuneration of Case Management Masters are currently set by an Order-in-Council. Any change has to be mandated by the Lieutenant Governor in Council. Moreover, Case Management Masters' salaries are pegged, by Order-in-Council, to the SMG3 classification. The salary of the employees in positions classified as SMG3 is established by the Management Board of Cabinet, which is composed of members of the Ontario Cabinet.

[118] Neither party suggests that the current pay of Case Management Masters, by itself, raises concerns relating to financial security. The terms of office of Traditional Masters

were established in the context of the abolition of that office, and in the rapid increase in pay to Provincial Court judges. The salary level established does not reflect constitutional minimum requirements, but is rather the result of the Framework Agreement with the Province.

[119] The essence of financial security is that there be an independent, objective and effective process for determining judicial remuneration. The Respondent submits that tying Case Management Masters' salaries to the position of senior civil servants, by itself, creates a sufficient "sieve" to meet the criteria of financial security. I disagree. In *P.E.I. Reference* the court noted that "...if judges salaries were set by the same process as the salaries of public sector employees, there might well be reason to be concerned about judicial independence." The Court further noted that "...any changes to or freezes in judicial remuneration require prior recourse to a special process, which is independent, effective and objective..."

[120] The current process for determining Case Management Masters' salary fails to meet that test. While it may be appropriate to consider masters' salaries in relation to an appropriate comparator, the process for selecting this comparator must be one which is independent from the sole discretion of the Executive branch. Moreover, the appropriate comparator may change over time. Selecting a comparator, and assuming that it will be appropriate for all eternity, is short sighted and doomed to fail if there is no process in place through which judicial officers can challenge the appropriateness of that comparator in the future. If the present case shows nothing else, it is the fact that judicial roles can change dramatically over relatively short periods of time.

[121] In light of the above I am not satisfied that the current process of determining salary meets the test of financial security.

Remedy

[122] The Applicants ask me to make a declaration that the provisions of the *Courts of Justice Act* which fail to provide the required protections of judicial independence and security of tenure - (s. 53(1)(b) and s. 86.1(5.2) - are of no force or effect and, together with the associated provisions which provide for unique length of terms of office and a unique complaint process for Case Management Masters - (s. 86.1(3), 86.1(4), 86.1(5), 86.1(5.3), 86.1(5.4), 86.1(7), 86.1(8), 86.1(9), 86.1(10), and 86.2 – should be severed, so that the provisions allowing for the appointment and jurisdiction of Case Management Masters remain.

[123] Further, the Applicant seeks a declaration that the words "Case Management Masters" be read into the provisions of s. 86 of the *Courts of Justice Act*, which provide those constitutional protections – s. 87(8), 87(3), and 87(5) – so that the word "masters" is deemed to include "Case Management Masters."

[124] The Applicant asks that the above declarations be effective as of October 31, 1996, the date of coming into force of the *Courts Improvement Act, 1996*, S.O. 1996, c.25.

[125] In the alternative, if I determine that the Legislature would have enacted those provisions of the *Courts of Justice Act* applicable to Case Management Masters which withheld

constitutional scrutiny if it had not enacted the *ultra vires* provisions, only s.53(3)(b) and the references to the Attorney General in s.86.1(5.2) should be severed and “Case Management Masters” read into s.87(8) to treat Case Management Masters the same as Traditional Masters with respect to salary and benefits.

[126] As a further alternative, they seek an order for a commission to periodically review judicial remuneration, which is independent, effective and objective. This remedy requires a severance of s. 53(1)((b)).

[127] The Respondent argues that to “read in” “Case Management Masters” to the specific terms and conditions of remuneration and tenure of Traditional Masters, is not appropriate. The remedy sought by the Applicants is inconsistent with the evidence that the office of Case Management Master is a new office, and not a continuation of the office of Traditional Master, and with the evidence that the current level of Traditional Masters’ salaries is the result of changes to the jurisdiction of provincial judges, not any consideration of the salary appropriate for masters. It is also inconsistent with the case law which has repeatedly held that the proper remedy for a failure to meet requirements of judicial independence is to declare the current provisions invalid and to suspend that declaration of invalidity to allow the Legislature to put in place provisions and processes that do meet constitutional requirements; *Provincial Judges Reference*.

[128] In the alternative, if I find that the Attorney General’s involvement in post-retirement reappointment for fixed one-year terms is unconstitutional, the remedy should be a declaration of invalidity with respect to the portions of s.86.1(5.2) that require the Attorney General’s consent before a post-65 reappointment can be made. If I find that the current process for determining the remuneration of Case Management Masters is unconstitutional, relying on *Ontario Deputy Judges’ Association*, counsel seeks a declaratory order that the government shall establish an independent, effective and objective process for determining then remuneration of such masters within 12 months of the release of these reasons.

[129] Referencing *Provincial Judges Reference* and *Canada (A.G.) v Hislop*, [2007] 1 S.C.R 429, [2007] S.C.J. No. 10. Counsel argues that any remedy should only be prospective.

[130] I have found two breaches of the Constitutional principle of judicial independence, each requiring a remedy:

- the Attorney General’s involvement in post-retirement reappointment.
- failure to have an independent and objective process for determining remuneration.

[131] The Supreme Court has provided useful guidance on tailoring constitutional legislative remedies. In *Schachter v. Canada, above*, at para. 25 the Court noted the flexible approaches available:

A court has flexibility in determining what course of action to take following a violation of the Charter which does not survive s. 1 scrutiny. Section 52 of the Constitution Act, 1982 mandates the striking down of any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution, but only "to the extent of the inconsistency". Depending upon the circumstances, a court may simply strike down, it may strike down and temporarily suspend the declaration of invalidity, or it may resort to the techniques of reading down or reading in. In addition, s. 24 of the Charter extends to any court of competent jurisdiction the power to grant an "appropriate and just" remedy to "[a]nyone whose [Charter] rights and freedoms ... have been infringed or denied". In choosing how to apply s. 52 or s. 24 a [page696] court will determine its course of action with reference to the nature of the violation and the context of the specific legislation under consideration.

[132] Where the unconstitutional portion of legislation can be defined with precision, and Parliament would have passed it without the offending portion, the remaining provisions should be left intact: *Schachter v. Canada*, at para. 29:

Where the offending portion of a statute can be defined in a limited manner it is consistent with legal principles to declare inoperative only that limited portion. In that way, as much of the legislative purpose as possible may be realized. However, there are some cases in which to sever the offending portion would actually be more intrusive to the legislative purpose than the alternate course of striking down provisions which are not themselves offensive but which are closely connected with those that are. This concern is reflected in the classic statement of the test for severance in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, at p. 518:

The real question is whether what remains is so inextricably bound up with the part declared invalid that what remains cannot independently survive or, as it has sometimes been put, whether on a fair review of the whole matter it can be assumed that the legislature would have enacted what survives without enacting the part that is ultra vires at all.

[133] When legislation does not pass constitutional muster, Courts should not dictate the Governments' response to a finding of unconstitutionality: *Mackin v. New Brunswick*, above, at para. 77:

...in order to fill the legal vacuum that would be created by a simple declaration of invalidity, the declaration will initially be suspended erga omnes for a period of six months to allow the government of New Brunswick to provide a solution that meets its constitutional obligations (*Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721). However, it is not appropriate for this Court to dictate the approach that should be taken in order to rectify the situation. Since there is more

than one way to do so, it is the government's task to determine which approach it prefers.

[134] Moreover, I note that in *Ontario Deputy Judges' Association*, at para. 39, the Court of Appeal left the determination of the appropriate type of commission to the provincial government to decide at first instance, :

In our view, the choice of process is, at first instance, for the AG, subject to the caveat that the process chosen must meet the criteria of being independent, effective and objective. Accordingly, we conclude that the choice of process, at this juncture, remains with the government.

[135] Severance is used by the courts so as to interfere with the laws enacted by the legislature as little as possible. In *Schacter*, the court noted that where only part of a statute or provision violates the constitution and the offending portion can be defined in a limited manner, it is consistent with legal principles to declare inoperative only that limited portion, and the rest should be spared. Where a statute is *ultra vires* because it wrongly gives a right or benefit to only one class of persons it may be appropriate to use the technique of "reading in" to include the excluded group within the statutory scheme: *Schacter*. Severance strikes what should not be there and reading in includes something which should be there. Counsel argues that the amendments to the *Courts of Justice Act* enacted in 1996 included both improper inclusions respecting pay and benefits, and provisions for security of tenure, and improper exclusions from the provisions in respect of security of tenure and financial independence already in place for Traditional Masters already in place.

[136] In *Provincial Judges Reference*, in *Mackin*, and in *Ontario Deputy Judges' Association* courts held that where there is more than one way to rectify provisions that do not adequately protect judicial independence, it is the government's task to determine which approach it prefers.

[137] I accept the position of the Respondent that the choice of process to remedy the failure to meet constitutional requirements should be left to the government. To "read in" the words "Case Management Masters" as requested would effectively establish their salary at that of provincial court judges. That would amount to me selecting a remedy where there are other options.

Does the settlement of the 2000 application bar the Applicant from any relief?

[138] Counsel for the Respondent acknowledged in her submissions that any remedy should apply equally to all Masters, whether signatories to the agreement or not.

[139] As the issue was raised by counsel, I comment on the effect of the 2001 settlement. I accept the argument of the Applicant that the 2001 settlement does not bar the masters from bringing this constitutional challenge. First of all, that settlement was not the product of a process which involved an independent commission. The province and the masters cannot contract out of constitutionally required protections for judicial independence. Moreover,

the right to judicial independence does not reside with either the Province or the masters; it belongs to society as a whole. As such, neither party can relinquish this requirement. Furthermore, with some exceptions, the parties are now different, and the circumstances surrounding the role of Case Management Masters have evolved significantly beyond what was contemplated by the agreement. The work done in 2001 may have been different than that of Traditional Masters, but as I have noted earlier, no distinction can practically now be drawn.

[140] I find that the provisions in the legislation with respect to the remuneration and tenure of Case Management Masters do not satisfy the conditions of judicial independence. The current legislation in s. 53(1)(b) is declared invalid as it relates to remuneration and the legislation in s. 86.1(5.2) with respect to tenure is declared invalid in so far as it relates to any reference to the Attorney-General.

[141] While it may seem reasonable to accede to the Applicants' requests to strike certain parts of the legislation and to read in other aspects that would effectively bring into effect legislative changes which is not the role of the courts. This declaration shall be suspended for a period of twelve months from the date of these reasons to allow the government to make legislative changes to create an independent, effective and objective process for determining the remuneration and tenure of Case Management Masters.

[142] If the parties are unable to agree on costs, the Applicant may make submission in writing within 30 days and the Respondent shall reply within 30 days of receipt of the Applicant's submissions.

"original signed by"

Mr. Justice T. A. Platana

Released: August 5, 2010

CITATION: Masters' Association of Ontario v. Her Majesty The Queen, 2010 ONSC 3714
COURT FILE NO.: CV-09-381712
DATE: 2010-08-05

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
Platana J.

B E T W E E N:

THE MASTERS' ASSOCIATION OF ONTARIO,
CAROL ALBERT and ANDREW THOMAS
GRAHAM

Applicants

and –

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF
ONTARIO and THE ATTORNEY GENERAL
FOR ONTARIO

Respondents

REASONS FOR JUDGMENT

Released: August 5, 2010

/mls

CITATION: Masters' Association of Ontario v. Ontario, 2011 ONCA 243
DATE: 20110330
DOCKET: C52696

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

MacPherson, Gillese and LaForme JJ.A.

BETWEEN

The Masters' Association of Ontario, Carol Albert and Andrew Thomas Graham

Applicants (Respondents)

and

Her Majesty the Queen in Right of Ontario and The Attorney General for Ontario

Respondents (Appellants)

Sarah Kraicer and Arif Virani, for the appellants

David W. Scott, Q.C., Peter K. Doody and Nadia Effendi, for the respondents

Heard: February 24 and 25, 2011

On appeal from the judgment of Justice Terrence A. Platana of the Superior Court of Justice dated August 5, 2010.

MacPherson J.A.

A. INTRODUCTION

[1] The Crown appeals from the judgment of Platana J. of the Superior Court of Justice dated August 5, 2010, which held that certain legislative provisions relating to the tenure and remuneration of Case Management Masters violate the principle of judicial independence and are, therefore, of no force and effect. The application judge suspended the declaration of invalidity for a period of 12 months, to August 5, 2011, “to allow the government to make legislative changes to create an independent, effective and objective process for determining the remuneration and tenure of Case Management Masters.”

[2] The Crown seeks an order setting aside the remuneration-related elements of Platana J.’s judgment. If the appeal fails, the Crown also seeks an extension of the stay period to 12 months after the release of this decision.

[3] The respondents cross-appeal the remedy ordered by the application judge. They say that a simple declaration of invalidity is not enough. They submit that remedies of severance and reading in should be applied to give Case Management Masters and traditional Masters the same level of judicial independence (and salary and benefits).

B. FACTS

(1) The parties and events

[4] As the application judge pointed out in his judgment, the office of Master has a lengthy pedigree in Ontario. Its roots are in the office of Clerk of the Crown and Pleas in the late 18th and early 19th centuries. The title and office of “Master” was created in 1837

as part of the establishment of the Chancery Court in Upper Canada. Historically, the Masters' salaries were determined by the government, and their position with respect to pensions, vacations, sick leave and other benefits was the same as that of other public service employees.

[5] In 1973, the Ontario Law Reform Commission released a report noting that this regime was inappropriate in light of the judicial nature of the Master's office. Over the next decade and a half, various changes to the appointment, tenure, removal, salary and benefits of Masters were introduced with a view to bringing their level of judicial independence roughly in line with that of provincial court judges.

[6] In 1989, the *Courts of Justice Amendment Act, 1989*, S.O. 1989, c. 55, implemented the phasing out of the office of traditional Master through attrition. This legislation also provided traditional Masters with the protections for judicial independence enjoyed by provincial court judges, with minor exceptions. From this point forward, Masters' terms ended at 65 years of age. However, with the approval of the Chief Justice of the Ontario Court, they could continue as full-time or part-time Masters until 70 years of age and, with the approval of the Judicial Council, until 75 years of age. Masters could be removed from office only on grounds of infirmity, conduct incompatible with the office, or failure to perform the duties of the office, and only on an address of the Legislative Assembly following a hearing before the Judicial Council. However, their salary continued to be set by the Lieutenant Governor in Council, without

an independent commission's recommendations. Starting in 1992, the salary of the 16 grandfathered Masters was formally pegged to the salary of provincial court judges.

[7] In March 1996, the Ontario Civil Justice Review released its first Report. The legislature implemented its recommendations in 1996. Two new sections, 86.1 and 86.2, were added to the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, to create the new and distinct office of Case Management Master. Provisions that were intended to give jurisdiction to Case Management Masters as well as to grandfathered traditional Masters were amended to refer to the two different offices separately. Case Management Masters exercise the same powers as traditional Masters, with the additional responsibility of case management. The compensation of Case Management Masters was lower than, and was not determined in the same way as, that of traditional Masters.

[8] In July 2000, the Masters' Association of Ontario commenced litigation to obtain the identical tenure, salary, pension and other benefits as traditional Masters and provincial court judges. The Superior Court of Justice offered a judicial pre-trial of the application to which both sides agreed. With the assistance of the pre-trial judge, Winkler J., the parties reached a settlement in 2001, and agreed to Terms of Settlement "in full and final settlement of [the] litigation", which all of the Case Management Masters personally ratified.

[9] In accordance with the Terms of Settlement, the government enacted Order-in-Council 551/2002 (later replaced, by agreement of the parties, with Order-in-Council

458/2003) to implement the salary terms of the settlement. Order-in-Council 458/2003 provides:

Future adjustments to the salary paid to a Case Management Master will be tied to the salary range applicable to the SMG3 Classification on the basis of the following formula:

Effective November 1, 2001 the annual salary for Case Management Masters will be set at 100.2847% of the comparative SMG3 salary. The comparative SMG3 salary shall be set as a maximum of the salary range plus the maximum percentage performance incentive that can be earned. As this figure is adjusted, over time, the salary of Case Management Masters shall be increased and on the same effective dates as the new comparative SMG3 salary comes into force.

[10] The government also agreed to amend the *Courts of Justice Act* to provide for the enhanced tenure provisions of the Terms of Settlement – automatic seven-year reappointments until retirement age, followed by one-year reappointments from age 65 to 75 with the approval of the Attorney General and the Chief Justice of the Superior Court of Justice.

[11] Since the enactment of Order-in-Council 458/2003, the salaries of Case Management Masters were adjusted between 2002 and 2009 as follows:

Effective Date	Salary (\$)
April 1, 2002	155,000
April 1, 2003	164,341
April 1, 2004	164,341
April 1, 2005	174,721

April 1, 2006	174,721
April 1, 2007	184,928
April 1, 2008	190,463
April 1, 2009	190,463

[12] In the same time frame, the salary of traditional Masters, pegged by law to the salary of provincial court judges, has risen from \$172,210 to \$248,057. In other words, the salary of Case Management Masters has risen just over \$35,000 whereas the salary of traditional Masters has risen about \$76,000 in the same seven-year period.

(2) The application and Platana J.'s decision

[13] In 2009, the Masters' Association of Ontario, representing the 18 Case Management Masters, Carol Albert, a Master appointed before the 2001 Terms of Settlement, and Andrew Thomas Graham, a Master appointed after the 2001 Terms of Settlement, sought a declaration that Case Management Masters are entitled to the same salary, benefits and terms of office as those of traditional Masters (there were only two grandfathered traditional Masters in office in 2009), and that various statutes and Orders-in-Council relating to their remuneration and security of tenure were of no force and effect because they violated the principle of judicial independence.

[14] The application judge determined that two provisions relating to the tenure and remuneration of Case Management Masters were unconstitutional.

[15] On tenure, the application judge held that the requirement in s. 86.1 of the *Courts of Justice Act* that the Attorney General concur in the recommendation about Case Management Masters continuing in office after age 65 was unconstitutional.

[16] On remuneration, the application judge concluded that s. 53(1)(b) of the *Courts of Justice Act* was unconstitutional because the direct linkage between the salaries of Case Management Masters and a specific category of public servant (SMG3), without more, failed to provide for judicial independence. The application judge reasoned:

The essence of financial security is that there be an independent, objective and effective process for determining judicial remuneration. The Respondent submits that tying Case Management Masters' salaries to the position of senior civil servants, by itself, creates a sufficient "sieve" to meet the criteria of financial security. I disagree. In *P.E.I. Reference* the court noted that "...if judges salaries were set by the same process as the salaries of public sector employees, there might well be reason to be concerned about judicial independence." The Court further noted that "...any changes to or freezes in judicial remuneration require prior recourse to a special process, which is independent, effective and objective..."

The current process for determining Case Management Masters' salary fails to meet that test. While it may be appropriate to consider masters' salaries in relation to an appropriate comparator, the process for selecting this comparator must be one which is independent from the sole discretion of the Executive branch. Moreover, the appropriate comparator may change over time. Selecting a comparator, and assuming that it will be appropriate for all eternity, is short sighted and doomed to fail if there is no process in place through which judicial officers can challenge the appropriateness of that comparator in the future. If the present case shows nothing else, it is the fact that judicial roles can change dramatically over relatively short periods of time.

[17] On the question of remedy, the application judge rejected the applicants' request that he sever the *ultra vires* provisions and read Case Management Masters into the provisions that protect the judicial independence of traditional Masters (including their current salary):

[T]he choice of process to remedy the failure to meet constitutional requirements should be left to the government. To "read in" the words "Case Management Masters" as requested would effectively establish their salary at that of provincial court judges. That would amount to me selecting a remedy where there are other options.

[18] Instead, the application judge made a simple declaration of invalidity with respect to the two provisions noted above and coupled it with a suspension of that declaration for 12 months.

[19] The Crown appeals only the component of the application judge's decision relating to the remuneration of Case Management Masters. It does not appeal the tenure component of the decision.

[20] The respondents cross-appeal from the remedy chosen by the application judge. They seek the same severance/reading-in remedy they sought before the application judge.

C. ISSUES

[21] I would frame the issues as follows:

Crown appeal

- (1) Did the application judge err by holding that the current process for determining the remuneration of Case Management Masters infringes the constitutional guarantee of financial judicial independence?

Respondents' cross-appeal

- (2) Did the application judge err by not ordering a remedy beyond a simple declaration of constitutional invalidity?

Crown contingent appeal

- (3) If both the above grounds of appeal and cross-appeal fail, should the deadline for the suspension of the declaration of invalidity be extended to 12 months from the release of this decision?

D. ANALYSIS

(1) The Crown appeal

(a) Preliminary matters

[22] I begin with four preliminary matters.

[23] First, the Crown does not assert that because two of the three named respondents – the Masters' Association of Ontario and Master Carol Albert – were signatories to the 2001 settlement, they do not have standing to bring this appeal. This is a fair concession

because many of the current Case Management Masters were appointed after 2001 and clearly have standing to initiate and pursue their claim against the Crown.

[24] Second, the parties agree that, based on an application of the factors in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, the standard of review of the application judge's decision on the issues raised in the appeal and the cross-appeal is correctness. I agree with this shared position.

[25] Third, the parties agree that the principle of judicial independence found in the common law and Constitution, namely ss. 96, 99 and 100 of the *The Constitution Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 5, and s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, applies to all Canadian courts without regard to the level of court or the type of case it hears: see *Reference re Remuneration of Judges of the Prov. Court of P.E.I.*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 106 ("*Provincial Court Judges Reference*").

[26] Fourth, the parties agree that the application judge was correct to find that Case Management Masters are judicial officers entitled to the protections of the constitutional principle of judicial independence.

(b) The constitutionality of the current remuneration process

[27] The Crown contends that the current process for determining the remuneration of Case Management Masters – a process established by the Terms of Settlement in 2001 and represented in law now by Order-in-Council 458/2003 – passes constitutional muster.

The Crown's position is that, in light of their constitutionally and statutorily restricted jurisdiction and their limited role as final arbiter of disputes or guardians of the Constitution, Case Management Masters require a less stringent level of protection than other judicial officers. Accordingly, the Crown submits that the current provisions governing the remuneration of Case Management Masters are sufficient to satisfy the essential conditions of judicial independence required for that office.

[28] The two leading cases dealing with the relationship between the constitutional principle of judicial independence and judicial remuneration are *Provincial Court Judges Reference* and *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, [2005] 2 S.C.R. 286 (“*Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick*”). In both of these cases, the central feature of the remuneration process for judges was the requirement that an independent body be interposed between the judiciary and the executive branch of government.

[29] In *Provincial Court Judges Reference*, Lamer C.J.C. explained the process in this fashion, at para. 133:

First, as a general constitutional principle, the salaries of provincial court judges can be reduced, increased, or frozen, either as part of an overall economic measure which affects the salaries of all or some persons who are remunerated from public funds, or as part of a measure which is directed at provincial court judges as a class. However, any changes to or freezes in judicial remuneration require prior recourse to a special process, which is independent, effective, and objective, for determining judicial remuneration, to avoid the possibility of, or the appearance of, political interference

through economic manipulation. What judicial independence requires is *an independent body*, along the lines of the bodies that exist in many provinces and at the federal level to set or recommend the levels of judicial remuneration. Those bodies are often referred to as commissions, and for the sake of convenience, we will refer to the independent body required by s. 11(d) as a commission as well. Governments are constitutionally bound to go through the commission process. [Emphasis added.]

[30] Similarly, in *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick*, the court stated, at para. 11:

Compensation commissions were expected to become the forum for discussion, review and recommendations on issues of judicial compensation. Although not binding, their recommendations, it was hoped, would lead to an effective resolution of salary and related issues. Courts would avoid setting the amount of judicial compensation, and provincial governments would avoid being accused of manipulating the courts for their own purposes. [Emphasis added.]

[31] The three points that I draw from these passages are that the constitutional principle of judicial independence requires a “special process” for dealing with the question of judicial remuneration, that the goal of the process is to be “independent, effective and objective”, and that there must be an “independent body” involved in, at a minimum, making recommendations to governments about judicial remuneration.

[32] The phrases “special process”, “independent, effective and objective” and “independent body” are, admittedly, only general phrases. They are touchstones or guidelines, not rigid prescriptions. There is a need for flexibility in interpreting and applying these phrases with respect to the wide range of judicial officers performing

judicial functions throughout Canada. As explained by Major J. in *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, at para. 30, “[t]he manner in which the essential conditions of independence may be satisfied varies in accordance with the nature of the court or tribunal and the interests at stake.”

[33] Is the current process for determining the remuneration of Case Management Masters independent, effective and objective?

[34] With respect to objectivity, the formula set out in Order-in-Council 458/2003 links the salaries of Case Management Masters to an objectively chosen comparator, the SMG3 classification for senior public servants at the Assistant Deputy Minister level. In the course of pre-trial discussions freely entered into by the Masters’ Association of Ontario, mediated by an experienced superior court judge, and ratified by all the Case Management Masters sitting at the time, both the government and the Case Management Masters determined that the SMG3 classification was an appropriate comparator to which the remuneration of the Case Management Masters should be linked. In this respect, although in the result nothing turns on it, the application judge erred by concluding that the process for selecting the SMG3 comparator flowed from “the sole discretion of the executive branch.” In fact, the choice of comparator was a joint decision and was the epitome of objectivity at the time.

[35] With respect to effectiveness, the application judge did not take issue with this component of the process. I agree with him. The salary of Case Management Masters in

2009 was \$190,463, which represented an increase of 73 per cent over a 13-year period. Case Management Masters now earn more than all but the most senior government lawyers, all Assistant Deputy Ministers and other public servants compensated as SMG3, all but five chairs of adjudicative and regulatory agencies, and all justices of the peace. Moreover, there has been no difficulty in recruiting excellent candidates to fill Case Management Master vacancies at the existing levels of remuneration.

[36] It is true that there has been a growing gap between the salaries of Case Management Masters and traditional Masters. However, I agree with the application judge's explanation for the current salary of the two remaining traditional Masters, namely, the link between the salaries for traditional Masters and provincial court judges was made in the context of the abolition and staged phasing out of the office of traditional Master. Moreover, the traditional Masters benefited from this linkage by, in effect, riding on the coattails of the provincial court judges who enjoyed substantial salary increases to take account of their mushrooming criminal workload. Accordingly, I agree with the application judge's observation that the "salary level established [for traditional Masters] does not reflect constitutional minimum requirements".

[37] The fulcrum for this appeal is the "independent" component of the current process for setting the remuneration of Case Management Masters. The Crown contends that flexibility is permitted in this domain and that, according to this court in *Ontario Deputy Judges Assn. v. Ontario* (2006), 80 O.R. (3d) 481 ("ODJA") at para. 38, it is permissible to "link judicial remuneration...with the remuneration provided for an objectively-chosen

comparator group.” This is precisely what the 2001 settlement accomplished, says the Crown, and the respondents must live with their own choice.

[38] The lynchpin for the “special process” described by Lamer C.J.C. in *Provincial Court Judges Reference* is the existence in the process of an independent body to consider the representations of the government and the judiciary about judicial remuneration and to make recommendations to the government about this subject. “Commission” was the generic name given to such a body in *Provincial Court Judges Reference*.

[39] However, there is no single template for the title, composition, structure, powers and procedures of these independent bodies. In *Provincial Court Judges Reference* at para. 185, Lamer C.J.C. specifically disclaimed an intention “to lay down a particular institutional framework in constitutional stone.”

[40] In a similar vein, this court stated in *ODJA* at paras. 36-38:

The application judge required the AG to provide the Deputy Judges with recourse to a commission. We do not read the application judge’s reasons as requiring a full-scale commission in the public hearing sense. The use of the word “commission” does not imply formal hearings, the calling of evidence, commission counsel, interveners, business premises, publication or any of the other accoutrements common to public or judicial commissions.

As the Supreme Court said in the [*Provincial Court Judges Reference*] at para. 133, the use of the word “commission” is simply a term of convenience to mean any body interposed between the judiciary and the other branches of government. The only requirement is that the proposed entity be

independent, effective and objective. The body chosen would produce a report to the government. Its recommendations, while non-binding, would not be set aside lightly, but rather would be considered in light of the parameters discussed in [*Provincial Court Judges Reference*] at paras. 133, 179-85; and [*Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick*] at paras. 18-21.

Since the Order-in-Council process does not meet constitutional standards and the establishment of a full commission may not be required to meet those standards, we sought alternative proposals from counsel. Counsel for the AG put forward the option of appointing an independent single remuneration consultant to make recommendations on the appropriate remuneration. Counsel for the Deputy Judges Association appeared receptive to this proposal. Another possible option would link judicial remuneration for Deputy Judges with the remuneration provided for an objectively-chosen comparator group. Moreover, we were advised that a law dean has been appointed to produce a report, which is to be released next month, that will include a consideration of options relating to judicial remuneration. Thus, we are persuaded that there are viable options available.

[41] In spite of the flexibility permitted by the case law, there are certain minimum requirements that ground the “independent” component of the special process for setting judicial remuneration. The most important requirement is that there must be a “body” or an “entity” or a “commission” or a “person” in the role of intermediary between the government and the judiciary and this intermediary must be independent of the government. In the case law, this requirement has been described as the need for “an institutional sieve between the judiciary and the other branches of government”: see *Provincial Court Judges Reference*, at para. 185; and *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick*, at para. 14.

[42] I share the view of the application judge that this is what is missing in the special process set out for Case Management Masters in Order-in-Council 458/2003. There is no “body” or “entity” or “commission” or “person” between the government and the judiciary; there is no “institutional sieve”.

[43] The Crown contends that the institutional sieve is the SMG3 classification. However, that cannot be. The SMG3 classification is established and controlled by the government; it is the precise opposite of an intermediary at arm’s length from the government.

[44] Moreover, to my eyes, there is a glaring irony in the Crown’s anchor for its submissions, the need for flexibility in the design of “special processes” for dealing with judicial remuneration, and the Crown’s proposed outcome flowing from such flexibility, a linkage *in perpetuity* between the salaries for Case Management Masters and a single classification in the Ontario public service, the SMG3 classification.

[45] On this point, I set out again what the Supreme Court of Canada said in *Provincial Court Judges’ Assn. of New Brunswick*, at para. 11:

Compensation commissions were expected to become the forum for discussion, review and recommendations on issues of judicial compensation. Although not binding, their recommendations, it was hoped, would lead to an effective resolution of salary and related issues. Courts would avoid setting the amount of judicial compensation, and provincial governments would avoid being accused of manipulating the courts for their own purposes.

[46] In a similar vein, in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405 (“*Mackin*”), Gonthier J. said, at para. 59, that “the salary commission must convene when a specified period has passed since its last report was submitted in order to examine the adequacy of the judges’ salaries in light of the cost of living and other relevant factors.”

[47] The linkage, in perpetuity, between Case Management Masters’ salaries and the SMG3 classification does not permit the process described in these two cases to develop, unfold and deliver.

[48] The perpetuity point is also a complete answer, in my view, to the Crown’s assertion that *ODJA* and other cases permit reliance on an objective comparator in the “special process” for setting judicial remuneration. I have no trouble with the government and the judiciary identifying and relying on comparators, including comparators from the public sector, in the “special process”. However, what *ODJA* contemplated, and what is constitutionally permissible and valuable at a policy level, is the use of a comparator as a factor, even an important factor, in the “special process”. That said, a comparator cannot be the sole factor and it certainly cannot be the sole factor in perpetuity.

[49] On this point, I agree with the application judge, who said:

Selecting a comparator, and assuming that it will be appropriate for all eternity, is short sighted and doomed to fail if there is no process in place through which judicial officers can challenge the appropriateness of that comparator in the future.

[50] To this I would simply add that it should be open to governments as well to argue that changing conditions render continuing adherence to a particular comparator inappropriate.

[51] Finally, I observe that with respect to all other judicial officers in Ontario – federally appointed judges, Ontario Court of Justice judges, Ontario Small Claims judges and deputy judges (who sit part-time), and justices of the peace – their remuneration is determined by the “special process” recommended in *Provincial Court Judges Reference*. An independent body engages in a process of hearing submissions from government and the judiciary and then makes recommendations to the government about judicial remuneration. The composition, structure and procedure of these “commissions” vary, but the core of the process described in the preceding sentence is shared by all. By linkage to provincial court judges, this process also applies to the near-obsolete office of traditional Master. In my view, there is no reason for Case Management Masters to be the solitary exclusion from this shared, and constitutionally appropriate, picture.

[52] For these reasons, I conclude that the process for setting the remuneration of Case Management Masters set out in Order-in-Council 458/2003 does not comply with the “independent” component of the “special process” required by the constitutional principle of judicial independence.

The respondent's alternative argument

[53] My conclusion in the preceding section resolves the appeal. Accordingly, strictly speaking, it is not necessary to consider the respondents' alternative argument for its challenge to Order-in-Council 458/2003. However, for the sake of completeness, I will do so.

[54] The respondents contend that the settlement in 2001 that gave rise to Order-in-Council 458/2003 was invalid because it violated the prohibition against negotiations between the government and the judiciary articulated in *Provincial Court Judges Reference*.

[55] I begin by observing that this strikes me as an unusual argument. *The Provincial Court Judges Reference* was decided in 1997. The pre-trial settlement was achieved in 2001. The participants in the settlement process were, I underline, the Case Management Masters, who are important judicial officers, the Crown, and a senior superior court judge. To merely state that these three entities would be unaware of the well-known *Provincial Court Judges Reference* is to dismiss it.

[56] In any event, I do not regard the voluntary discussions that led to the 2001 settlement, mediated by Winkler J., as impermissible negotiations concerning salary within the parameters set by *Provincial Court Judges Reference* and its progeny.

[57] The focus of the discussions at the judicial pre-trial was on establishing a process for determining remuneration in the future. Moreover, it is important not to define

impermissible negotiations in too broad a fashion. There is a common sense reality here – communication between governments and the judiciary, and even discussions between their representatives, are almost always going to be both necessary and valuable. There is, of course, a line between permissible communication and discussion and impermissible negotiations. However, courts should be careful not to draw the line in a way that removes intelligent, respectful dialogue between governments and the judiciary about the remuneration process.

(c) Conclusion

[58] The application judge was correct to conclude that the current process for setting the remuneration of Case Management Masters was unconstitutional.

[59] Interestingly, in his reasons and in the formal Judgment, he declared s. 53(1)(b) of the *Courts of Justice Act* invalid. That section provides:

53. (1) The Lieutenant Governor in Council may make regulations,

...

(b) fixing the remuneration of case management masters and providing for the benefits to which they are entitled;

[60] In my view, there is nothing wrong with this generic provision. The constitutional fault lies in Order-in-Council 458/2003, which sets out the invalid process for determining the remuneration of Case Management Masters. It is this Ontario law that must be declared invalid.

(2) The respondents' cross-appeal

[61] Before the application judge, the respondents sought a broad array of remedies if he determined that the process for setting the remuneration of Case Management Masters was *ultra vires*. Some of the proposed remedies were severance of invalid provisions, reading in protections enjoyed by traditional Masters to provisions dealing with Case Management Masters, retroactivity (to 1996) of the declaration of invalidity, and prescriptions of the mandate of any intermediary established by the government going forward.

[62] The application judge rejected these submissions, preferring to make a simple declaration of invalidity and leaving it to the government to respond. He said:

[T]he choice of process to remedy the failure to meet constitutional requirements should be left to the government. To “read in” the words “Case Management Masters ” as requested would effectively establish their salary at that of provincial court judges. That would amount to me selecting a remedy where there are other options.

[63] The application judge suspended the declaration of invalidity for a period of 12 months.

[64] On this cross-appeal, the respondents renew their request for the numerous and specific remedies mentioned above. They do not challenge the suspension of the declaration.

[65] In my view, the application judge ordered the correct remedy. Importantly, his remedy of simple declaration is the regular remedy in the judicial independence cases

commencing with *Provincial Court Judges Reference*. In *Mackin*, which the application judge relied on, Gonthier J. said, at para. 77:

[I]t is not appropriate for this Court to dictate the approach that should be taken in order to rectify the situation. Since there is more than one way to do so, it is the government's task to determine which approach it prefers.

[66] This passage is particularly applicable in the current Ontario context. There are already various models of independent bodies and special processes involved in the review of the remuneration of various judicial officers. The government is entitled to study the question and establish an appropriate model for Case Management Masters.

[67] I also note that in *ODJA* this court made a simple declaration of invalidity, concluding at para. 41 “[w]e therefore order the AG to establish an independent, effective and objective process within four months of the release of these reasons.”

[68] For these reasons, I would dismiss the cross-appeal.

(3) The Crown contingent appeal

[69] The Crown contends that if both the appeal and the cross-appeal fail, the 12-month suspension of the declaration of invalidity ordered by the application judge should be extended to a 12-month period from the date of the release of this decision. This would result in a suspension of almost 20 months. In support of this request, the Crown points out that the legislature will probably not sit in September because of the fixed election date of October 6, 2011. Then, after the election, the Government will need time to prepare its legislative agenda before the legislature is recalled. This constellation of facts,

the Crown submits, suggests that a 20-month suspension of the declaration of invalidity is warranted.

[70] I am inclined to accept this request. Both the Case Management Masters and the Crown appealed from the application judge's decision. As their materials and arguments on the appeal and cross-appeal made clear, there are many issues, and many options on those issues, that the government will have to consider before establishing an independent, effective and objective special process for setting the remuneration for Case Management Masters. Those issues include the title, composition, structure, powers and procedures of the independent body, as well as its mandate (e.g. prospective and/or retroactive, the relationship between Case Management Masters and traditional Masters, etc.). This reality, and disruptions to the government process as a fixed election approaches, support the extension requested by the Crown.

E. DISPOSITION

[71] I would dismiss the appeal, with the exception that para. 1 of the formal Judgment should be amended by substituting “Order-in-Council 458/2003” for “paragraph 53(1)(b) of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1999, c. 43”.

[72] I would dismiss the cross-appeal.

[73] I would extend the suspension of the declaration of invalidity in para. 3 of the formal Judgment to “a period of 12 months from the date of the release of this decision”.

[74] As to costs, I would observe that success on the appeal and cross-appeal appears to be about evenly divided. If any party seeks costs, it should file written submissions (five page maximum) within two weeks of the release of this decision. The other party should respond in a similar fashion within seven additional days.

RELEASED: MAR 30 2011 ("J.C.M.")

"J. C. MacPherson J.A."
"I agree. E. E. Gillese J.A."
"I agree. H. S. LaForme J.A."

Tab 7

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Stephen Joseph Harper *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec, Attorney
General of Manitoba, Democracy Watch
and National Anti-Poverty Organization,
Environment Voters, a division of Animal
Alliance of Canada, and John Herbert
Bryden** *Intervenors*

**INDEXED AS: HARPER v. CANADA (ATTORNEY
GENERAL)**

Neutral citation: 2004 SCC 33.

File No.: 29618.

2004: February 10; 2004: May 18.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Federal elections — Third party election advertising — Spending limits — Attribution, registration and disclosure requirements — Blackout period — Whether third party election advertising scheme and blackout on third party advertising on polling day infringe freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 323, 350, 351, 352 to 357, 359, 360, 362.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to vote — Federal elections — Third party election advertising — Spending limits — Attribution, registration and disclosure requirements — Blackout period — Whether third party election advertising scheme and blackout on third party advertising on polling day infringe right

Procureur général du Canada *Appellant*

c.

Stephen Joseph Harper *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général du Québec, procureur
général du Manitoba, Democracy Watch
et Organisation nationale anti-pauvreté,
Environment Voters, division de
l'Alliance animale du Canada, et John
Herbert Bryden** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : HARPER c. CANADA (PROCUREUR
GÉNÉRAL)**

Référence neutre : 2004 CSC 33.

Nº du greffe : 29618.

2004 : 10 février; 2004 : 18 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps et Fish.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Élections fédérales — Publicité électorale faite par les tiers — Plafonds de dépenses — Obligations d'attribution, d'enregistrement et de divulgation — Période d'interdiction de publicité — Les dispositions qui régissent la publicité faite par les tiers et celles qui interdisent à ceux-ci de faire de la publicité le jour du scrutin portent-elles atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 323, 350, 351, 352 à 357, 359, 360, 362.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de vote — Élections fédérales — Publicité électorale faite par les tiers — Plafonds de dépenses — Obligations d'attribution, d'enregistrement et de divulgation — Période d'interdiction de publicité — Les dispositions qui régissent la publicité faite par les tiers et celles qui interdisent

to vote — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 3 — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 323, 350, 351, 352 to 357, 359, 360, 362.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Federal elections — Third party election advertising — Spending limits — Whether limits on third party election advertising expenses infringe freedom of association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 351, 356, 357(3), 359, 362.

The respondent brought an action for a declaration that ss. 323(1) and (3), 350 to 360, and 362 of the *Canada Elections Act* were of no force or effect for infringing ss. 2(b), 2(d) and 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 350 limits third party election advertising expenses to \$3000 in a given electoral district and \$150,000 nationally; s. 351 prohibits individuals or groups from splitting or colluding for the purposes of circumventing these limits; ss. 352 to 357, 359, 360 and 362 require a third party to identify itself in all of its election advertising, to appoint financial agents and auditors, and to register with the Chief Electoral Officer; and s. 323 provides for a third party advertising blackout on polling day. The trial judge concluded that ss. 350 and 351 were in *prima facie* violation of ss. 2(b) and 2(d) and that neither was justified under s. 1 of the *Charter*. The Court of Appeal upheld the unconstitutionality of ss. 350 and 351 and also struck down ss. 323, 352 to 357, 359, 360 and 362 on the basis that the provisions “must all stand or fall together as part of the same design”.

Held (McLachlin C.J. and Major and Binnie JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed. The impugned provisions of the *Canada Elections Act* are constitutional.

Per Iacobucci, Bastarache, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.: The current third party election advertising regime is Parliament’s response to this Court’s decision in *Libman*. In promoting the equal dissemination of points of view by limiting the election advertising of third parties who are influential participants in the electoral process, the overarching objective of the spending limits is electoral fairness. This egalitarian model of elections seeks to create a level playing field for those who wish to engage in the electoral discourse, enabling voters to be better informed. The Court of Appeal erred in considering the provisions on third party spending limits globally.

à ceux-ci de faire de la publicité le jour du scrutin portent-elles atteinte au droit de vote? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 3 — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 323, 350, 351, 352 à 357, 359, 360, 362.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’association — Élections fédérales — Publicité électorale faite par les tiers — Plafonds de dépenses — Les dispositions régissant la publicité faite par les tiers portent-elles atteinte à la liberté d’association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 351, 356, 357(3), 359, 362.

L’intimé a sollicité un jugement déclaratoire portant que les par. 323(1) et (3), les art. 350 à 360 et l’art. 362 de la *Loi électorale du Canada* sont inopérants parce qu’ils violent les al. 2b) et d) et l’art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’article 350 limite à 3 000 \$ et 150 000 \$ respectivement les dépenses de publicité électorale susceptibles d’être engagées par des tiers dans une circonscription donnée et à l’échelle nationale; l’art. 351 interdit aux individus ou aux groupes de se diviser ou d’agir de concert pour esquiver les plafonds susmentionnés; les art. 352-357, 359-360 et 362 obligent les tiers à mentionner leur nom dans toute publicité électorale émanant d’eux, à nommer un agent financier et un vérificateur et à s’enregistrer auprès du directeur général des élections; l’art. 323 interdit aux tiers de faire de la publicité le jour du scrutin. Le juge de première instance a conclu que les art. 350 et 351 contrevenaient à première vue aux al. 2b) et d) de la *Charte* et que leur validité ne pouvait être sauvegardée par application de l’article premier de ce texte. La Cour d’appel a confirmé l’inconstitutionnalité des art. 350 et 351 et elle a également invalidé les art. 323, 352-357, 359-360 et 362, pour le motif qu’ils « doivent connaître le même sort, puisqu’ils forment un tout ».

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Major et Binnie sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli. Les dispositions attaquées de la *Loi électorale du Canada* sont constitutionnelles.

Les juges Iacobucci, Bastarache, Arbour, LeBel, Deschamps et Fish : L’actuel régime de publicité électorale des tiers a été instauré par le Parlement à la suite de l’arrêt *Libman* de notre Cour. L’objectif primordial des plafonds de dépenses consiste à assurer l’équité électorale en appuyant la diffusion égale des points de vue par la limitation de la publicité électorale des tiers, qui sont des participants influents dans le processus électoral. Ce modèle électoral égalitaire vise à faire en sorte que ceux qui souhaitent participer au débat électoral puissent le faire à armes égales, permettant ainsi aux électeurs d’être mieux informés. La Cour d’appel a eu tort de considérer

While the regime is internally coherent, its constituent parts stand on their own and the constitutionality of each set of provisions must be considered separately.

The limits on third party election advertising expenses set out in s. 350 infringe the right to freedom of political expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* but they do not infringe the right to vote protected by s. 3. The right to meaningful participation in s. 3 of the *Charter* cannot be equated with the exercise of freedom of expression. The two rights are distinct and must be reconciled. Under s. 3, the right of meaningful participation in the electoral process is not limited to the selection of elected representatives and includes a citizen's right to exercise his or her vote in an informed manner. In the absence of spending limits, it is possible for the affluent or a number of persons pooling their resources and acting in concert to dominate the political discourse, depriving their opponents of a reasonable opportunity to speak and be heard, and undermining the voter's ability to be adequately informed of all views. Equality in the political discourse is thus necessary for meaningful participation in the electoral process and ultimately enhances the right to vote. This right, therefore, does not guarantee unimpeded and unlimited electoral debate or expression. Spending limits, however, must be carefully tailored to ensure that candidates, political parties and third parties are able to convey their information to the voter; if overly restrictive, they may undermine the informational component of the right to vote. Here, s. 350 does not interfere with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process.

The harm that Parliament seeks to address in this case is electoral unfairness. Given the difficulties in measuring this harm, at the stage of the justification analysis a reasoned apprehension that the absence of third party election advertising limits will lead to electoral unfairness is sufficient. Furthermore, on balance, the contextual factors favour a deferential approach to Parliament in determining whether such limits are demonstrably justified in a free and democratic society. While the right to political expression lies at the core of the guarantee of free expression and warrants a high degree of constitutional protection, there is nevertheless a danger that political advertising may manipulate or oppress the voter. Parliament had to balance the rights and privileges of all the participants in the electoral process. The difficulties of striking this balance are evident and, given the right of Parliament to choose Canada's electoral model and

globalement les dispositions relatives au plafonnement des dépenses des tiers. Malgré la cohérence interne du régime, ses diverses composantes existent de façon autonome et la constitutionnalité de chaque groupe de dispositions doit être examinée séparément.

Les plafonds prescrits par l'art. 350 à l'égard des dépenses de publicité électorale des tiers violent le droit à la liberté d'expression politique garanti par l'al. 2b) de la *Charte* mais non le droit de vote protégé par l'art. 3. Le droit de participer utilement au processus électoral garanti par l'art. 3 de la *Charte* ne saurait être assimilé à l'exercice du droit à la liberté d'expression. Il s'agit de deux droits distincts, qui doivent être conciliés. Suivant l'art. 3, le droit de participer utilement au processus électoral ne se limite pas à élire des députés, mais il emporte aussi pour chaque citoyen celui de voter de manière éclairée. En l'absence de plafonnement des dépenses, il est possible aux mieux nantis ou à un certain nombre de personnes ou de groupes mettant leurs ressources en commun et agissant de concert de dominer le débat politique, privant ainsi leurs adversaires de la possibilité raisonnable de s'exprimer et d'être entendus et réduisant la capacité des électeurs d'être informés adéquatement de tous les points de vue. En conséquence, l'égalité dans le discours politique s'impose pour assurer une participation utile au processus électoral et, en définitive, pour renforcer le droit de vote. Ce droit ne garantit donc pas celui de débattre ou de s'exprimer sans entrave ni limite dans le cadre des élections. Toutefois, le plafonnement des dépenses doit être soigneusement adapté, de façon que les candidats, les partis politiques et les tiers puissent communiquer leur message à l'électorat; l'application de limites trop restrictives risque d'affaiblir l'aspect informationnel du droit de vote. Dans la présente affaire, l'art. 350 ne porte pas atteinte au droit de chaque citoyen de jouer un rôle important dans le processus électoral.

Le préjudice auquel le Parlement veut remédier en l'espèce est l'iniquité électorale. Vu les difficultés que présente l'évaluation de ce préjudice, l'existence d'une appréhension raisonnée que l'absence de limites applicables à la publicité électorale faite par les tiers serait source d'iniquité électorale suffit. De plus, les facteurs contextuels incitent globalement à témoigner de la déférence envers le Parlement dans l'examen de la question de savoir si ces limites sont justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bien que le droit de s'exprimer politiquement soit un aspect fondamental de la liberté d'expression et commande un haut degré de protection constitutionnelle, il existe néanmoins un risque que la publicité politique puisse servir à manipuler ou opprimer les électeurs. Le Parlement devait mettre en équilibre les droits et priviléges de tous les participants au processus électoral. L'établissement de cet équilibre

the nuances inherent in implementing this model, a court must approach the justification analysis with deference.

Section 350 is justified under s. 1 of the *Charter*. While the overarching objective of the third party advertising expense limits is electoral fairness, more narrowly characterized, the objectives of the scheme are threefold: (1) to promote equality in the political discourse; (2) to protect the integrity of the financing regime applicable to candidates and parties; and (3) to ensure that voters have confidence in the electoral process. In view of the findings of the Lortie Commission, the central piece of the evidential record in this case, these three objectives are pressing and substantial. Section 350 also meets the proportionality test. First, the third party advertising expense limits are rationally connected to the objectives. They prevent those who have access to significant financial resources, and are able to purchase unlimited amount of advertising, to dominate the electoral discourse to the detriment of others; they create a balance between the financial resources of each candidate or political party; and they advance the perception that the electoral process is substantively fair as it provides for a reasonable degree of equality between citizens who wish to participate in that process. Second, s. 350 minimally impairs the right to free expression. Third party advertising is unrestricted prior to the commencement of the election period, and third parties may freely spend money or advertise to make their views known or to persuade others. Further, the definition of “election advertising” in s. 319 only applies to advertising that is associated with a candidate or party. The limits set out in s. 350 allow third parties to inform the electorate of their message in a manner that will not overwhelm candidates, political parties or other third parties while precluding the voices of the wealthy from dominating the political discourse. Third, the s. 350’s salutary effects of promoting fairness and accessibility in the electoral system and increasing Canadians’ confidence in it outweigh the deleterious effect that the spending limits permit third parties to engage in informational but not necessarily persuasive campaigns.

Section 351 is ancillary to s. 350 and its primary purpose is to preserve the integrity of the advertising expense

présente des difficultés évidentes et, comme c'est au Parlement qu'il appartient de choisir le modèle électoral applicable au Canada et vu les nuances que requiert intrinsèquement la mise en œuvre de ce modèle, les tribunaux doivent entreprendre l'analyse de la justification avec toute la déférence qui s'impose.

Les limites prescrites par l'art. 350 sont justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*. Bien que l'équité électorale soit l'objectif primordial du plafonnement des dépenses de publicité électorale faites par les tiers, réduits à leur plus simple expression, les objectifs poursuivis par le régime se résument à trois choses : (1) favoriser l'égalité dans le débat politique; (2) protéger l'intégrité du système de financement applicable aux candidats et aux partis; (3) maintenir la confiance des électeurs dans le processus électoral. À la lumière des constatations de la Commission Lortie, qui constituent le principal élément de preuve dans le présent dossier, ces trois objectifs sont urgents et réels. L'article 350 satisfait également au critère de la proportionnalité. Premièrement, les limites applicables aux dépenses de publicité des tiers possèdent un lien rationnel avec ces trois objectifs. Elles empêchent les personnes qui disposent de ressources financières importantes et sont capables de dépenser sans limite au titre de la publicité de dominer le débat électoral au détriment d'autres personnes, elles créent un équilibre entre les ressources financières de chaque candidat ou parti politique et elles renforcent la perception selon laquelle le processus électoral est substantiellement équitable, du fait qu'il permet un degré raisonnable d'égalité entre les citoyens désireux d'y prendre part. Deuxièmement, l'art. 350 porte une atteinte minimale au droit à la liberté d'expression. Aucune restriction ne s'applique à la publicité faite par les tiers avant le début de la période électorale. En dehors de cette période, les limites à l'intervention des tiers dans la vie politique n'existent pas. Tout individu ou groupe peut dépenser ou annoncer librement pour faire connaître ses vues ou pour convaincre autrui. En outre, la définition de « publicité électorale » à l'art. 319 ne vise que la publicité associée à un candidat ou à un parti. Les plafonds établis à l'art. 350 donnent aux tiers la possibilité de communiquer leur message aux électeurs sans écraser les candidats, les partis politiques ou d'autres tiers. Ils empêchent les voix des nantis de dominer le débat politique. Troisièmement, les effets bénéfiques de l'art. 350, c'est-à-dire le fait qu'il favorise l'accès au système électoral et l'équité de celui-ci, en plus d'accroître la confiance des Canadiens dans ce système, l'emportent sur l'effet préjudiciable de cette disposition, qui permet aux tiers de mener des campagnes informatives mais pas nécessairement persuasives.

L'article 351 est une disposition accessoire à l'art. 350 et il vise d'abord et avant tout à préserver l'intégrité

limits established under s. 350. It does not violate the freedom of expression, the right to vote or freedom of association. With respect to freedom of association, s. 351 does not prevent individuals from joining to form an association in the pursuit of a collective goal but rather precludes an individual or group from undertaking an activity, namely circumventing the third party election advertising limits set out in s. 350.

Section 323 infringes the right to free expression by prohibiting third parties from advertising on polling day. While it also engages the informational component of the right to vote, s. 323 does not infringe s. 3 as it does not have an adverse impact on the information available to voters. The infringement of s. 2(b) can be saved under s. 1. The objective of s. 323 — to provide an opportunity to respond to any potentially misleading election advertising — is pressing and substantial. The section is rationally connected to this objective and is minimally impairing. The blackout period is approximately 20 hours long and only applies to advertising. It has not been demonstrated to have any deleterious effects.

Because they restrict the political expression of those who do not comply with the scheme, ss. 352 to 357, 359, 360 and 362 have the effect of limiting free expression. They do not infringe s. 3, however, as they enhance the right to vote. The infringement of s. 2(b) is justified under s. 1. These provisions advance the pressing and substantial objectives of proper implementation and enforcement of the third party election advertising limits and of provision to voters of relevant election information. They are rationally connected to the first objective and the disclosure provisions, by adding transparency to the electoral process, are also rationally connected to the second objective. Sections 352 to 357, 359, 360 and 362 are minimally impairing. The disclosure and reporting requirements vary depending on the amount spent on election advertising and the personal information required of contributors is minimal. The salutary effects of the impugned measures outweigh the deleterious effects. By increasing the transparency and accountability of the electoral process, they discourage circumvention of the third party limits and enhance the confidence Canadians have in their electoral system. The deleterious effects, by contrast, are minimal.

du régime de plafonnement des dépenses établi par cet article. L'article 351 ne viole ni la liberté d'expression, ni le droit de vote ni la liberté d'association. Relativement à cette dernière liberté, l'art. 351 n'empêche pas des personnes de s'associer dans la poursuite d'un but commun, mais il interdit plutôt aux personnes ou groupes de se livrer à une activité précise, c'est-à-dire esquiver les plafonds fixés à l'art. 350 à l'égard des dépenses de publicité électorale des tiers.

L'article 323 enfreint le droit à la liberté d'expression en interdisant aux tiers de diffuser de la publicité le jour du scrutin. Bien que cet article touche également l'aspect informationnel du droit de vote, il ne contrevient pas à l'art. 3 de la *Charte*, puisqu'il n'a aucun effet préjudiciable sur l'information diffusée à l'électoralat. La violation de l'al. 2b) peut être justifiée par application de l'article premier. L'objectif visé par l'art. 323 — donner aux intéressés l'occasion de réagir à toute publicité électorale potentiellement trompeuse — constitue un objectif urgent et réel. Cet article a un lien rationnel avec l'objectif susmentionné et il ne crée qu'une atteinte minimale. La période d'interdiction ne dure qu'environ 20 heures et l'interdiction vise seulement la publicité. Il n'a pas été établi que la période d'interdiction de publicité avait des effets préjudiciables.

Parce qu'ils ont pour effet de restreindre l'expression politique de ceux qui ne se conforment pas au régime, les art. 352-357, 359-360 et 362 ont pour effet de limiter la liberté d'expression de ces personnes. Ces dispositions ne violent toutefois pas l'art. 3, car elles renforcent le droit de vote. La violation de l'al. 2b) est justifiée au sens de l'article premier. Les dispositions susmentionnées favorisent les objectifs urgents et réels suivants : assurer la mise en œuvre et le respect des plafonds de dépenses de publicité électorale des tiers; mettre à la disposition des électeurs l'information électorale pertinente. Les articles en question sont rationnellement liés au premier objectif. Les obligations de divulgation renforcent la transparence du processus électoral et sont en outre rationnellement liées au second objectif. Les articles 352-357, 359-360 et 362 n'entraînent qu'une atteinte minimale au droit à la liberté d'association. Les obligations de divulgation varient selon la somme dépensée au titre de la publicité électorale, et les renseignements personnels exigés des donateurs sont minimaux. Les effets bénéfiques des mesures contestées l'emportent sur leurs effets préjudiciables. En renforçant la transparence du processus électoral et en accroissant l'imputabilité des tiers, ces obligations découragent l'évitement des plafonds applicables aux tiers, en plus de rehausser la confiance des Canadiens dans leur système électoral. À l'opposé, les effets préjudiciables de ces mesures sont minimaux.

Per McLachlin C.J. and Major and Binnie JJ. (dissenting in part): The third party advertising spending limits in s. 350 of the *Canada Elections Act* are inconsistent with the s. 2(b) *Charter* guarantees and, hence, invalid. The effect of third party limits for spending on advertising is to prevent citizens from effectively communicating their views on issues during an election campaign. The denial of effective communication to citizens violates free expression where it warrants the greatest protection — the sphere of political discourse. Section 350 puts effective radio and television communication beyond the reach of “third party” citizens, preventing citizens from effectively communicating their views on election issues, and restricting them to minor local communication. Effective expression of ideas thus becomes the exclusive right of registered political parties and their candidates.

Because citizens cannot mount effective national television, radio and print campaigns, the only sustained messages voters see and hear during the course of an election campaign are from political parties. The right of a citizen to hold views not espoused by a registered party and to communicate those views is essential to the effective debate upon which our democracy rests, and lies at the core of the free expression guarantee. Any limits to this right must be justified under s. 1 of the *Charter* by a clear and convincing demonstration that they serve a valid objective, do not go too far, and enhance more than harm the democratic process. Promoting electoral fairness by ensuring the equality of each citizen in elections, preventing the voices of the wealthy from drowning out those of others, and preserving confidence in the electoral system, are pressing and substantial objectives in a liberal democracy.

However, the infringement of the right to free expression is not proportionate to these objectives. There is no evidence to support a connection between the limits on citizen spending and electoral fairness, and the legislation does not infringe the right to free expression in a way that is measured and carefully tailored to the goals sought to be achieved. The limits imposed on citizens amount to a virtual ban on their participation in political debate during the election period, except through political parties. As in *Libman*, the Attorney General has not demonstrated that limits this draconian are required to meet the perceived dangers.

La juge en chef McLachlin et les juges Major et Binnie (dissidents en partie) : Les plafonds prescrits par l’art. 350 de la *Loi électorale du Canada* à l’égard des dépenses de publicité électorale des tiers ne respectent pas les garanties reconnues par l’al. 2b) de la *Charte* et sont, de ce fait, invalides. Ces plafonds ont pour effet d’empêcher les citoyens de communiquer efficacement leurs opinions sur les enjeux pendant une campagne électorale. Ce refus de permettre aux citoyens de communiquer efficacement porte atteinte à un aspect de la liberté d’expression qui mérite la plus grande protection — le discours politique. L’article 350 place hors d’atteinte des « tiers » la possibilité de communiquer efficacement à la radio et à la télévision leurs vues sur les enjeux électoraux, limitant leurs messages à une diffusion locale modeste. L’expression efficace des idées devient ainsi l’apanage des partis politiques enregistrés et de leurs candidats.

Parce que les citoyens se trouvent dans l'impossibilité d'organiser des campagnes publicitaires nationales efficaces dans les journaux, à la radio et à la télévision, les seuls messages que les électeurs peuvent voir et entendre de manière soutenue au cours d'une campagne électorale sont ceux émanant des partis politiques. Le droit d'un citoyen d'avoir des opinions auxquelles n'adhère aucun parti enregistré et de les faire valoir est essentiel au débat efficace sur lequel repose notre démocratie, et il constitue un aspect fondamental de la garantie relative à la liberté d'expression. Toute limite assortissant ce droit doit être justifiée, au sens de l'article premier de la *Charte*, par une démonstration claire et convaincante qu'elle sert un objectif valide, qu'elle ne va pas trop loin et qu'elle a pour effet non pas d'affaiblir le processus démocratique mais bien plutôt de le renforcer. Constituent des objectifs urgents et réels dans une démocratie libérale le fait de favoriser l'équité électorale en assurant l'égalité de chaque citoyen à l'occasion des élections, d'empêcher les voix des plus fortunés d'étouffer celles d'autres personnes et de maintenir la confiance du public dans le système électoral.

Toutefois, l'atteinte portée au droit à la liberté d'expression n'est pas proportionnée à ces objectifs. Il n'y a aucune preuve étayant l'existence d'un lien entre les plafonds de dépenses imposés au citoyen et l'équité électorale, et les dispositions législatives ne portent pas atteinte au droit à la liberté d'expression d'une manière modérée et soigneusement adaptée aux buts visés. Ces limites auxquelles sont assujettis les citoyens reviennent virtuellement à leur interdire toute participation au débat politique pendant la période électorale, sauf par l'entremise des partis politiques. Tout comme dans l'arrêt *Libman*, le procureur général n'a pas démontré que des limites aussi draconianes soient nécessaires pour répondre aux risques qui, dit-on, existeraient.

Section 351 is invalid since it is keyed exclusively to the spending limits in s. 350. The polling day blackout in s. 323 infringes s. 2(b) of the *Charter*, but is justified as a reasonable measure in a free and democratic society under s. 1. The provisions in ss. 352 to 357, 359, 360 and 362 of the Act requiring citizens to register with the Chief Electoral Officer, self-identify on advertisements, and disclose their adherents and the nature of their expenditures serves the interests of transparency and an informed vote in the political process. Thus, the infringements to s. 2(b) are saved by s. 1.

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, 2003 SCC 37; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **disapproved:** *Somerville v. Canada (Attorney General)* (1996), 184 A.R. 241; *Pacific Press v. British Columbia (Attorney General)*, [2000] 5 W.W.R. 219, 2000 BCSC 248; **referred to:** *National Citizens' Coalition Inc. v. Attorney General of Canada* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 249; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

By McLachlin C.J. and Major J. (dissenting in part)

Libman v. Quebec (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 569; *R. v. Guignard*, [2002] 1 S.C.R. 472, 2002 CSC 14; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 CSC 2; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Irwin*

L'article 351 est invalide, puisqu'il se rattache exclusivement aux plafonds de dépenses fixés à l'art. 350. L'interdiction prescrite par l'art. 323 à l'égard de la publicité électorale le jour du scrutin porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*, mais elle est justifiée au sens de l'article premier, constituant une mesure raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Les dispositions énoncées aux art. 352-357, 359-360 et 362 de la Loi qui obligent les citoyens à s'enregistrer auprès du directeur général des élections, à mentionner leur nom dans les publicités et à divulguer le nom de leurs membres et la nature de leurs dépenses contribuent à la réalisation des objectifs de transparence du processus électoral et d'exercice éclairé du droit de vote. En conséquence, les atteintes aux droits garantis par l'al. 2b) sont justifiées au sens de l'article premier.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts appliqués : *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, 2003 CSC 37; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts critiqués :** *Somerville c. Canada (Attorney General)* (1996), 184 A.R. 241; *Pacific Press c. British Columbia (Attorney General)*, [2000] 5 W.W.R. 219, 2000 BCSC 248; **arrêts mentionnés :** *National Citizens' Coalition Inc. c. Attorney General of Canada* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 249; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Major (dissidents en partie)

Libman c. Québec (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 569; *R. c. Guignard*, [2002] 1 R.C.S. 472, 2002 CSC 14; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S.

Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, 2003 SCC 37; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969); *Martin v. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943); *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972); *United States v. Dellinger*, 472 F.2d 340 (1972); *Somerville v. Canada (Attorney General)* (1996), 184 A.R. 241; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Canada Elections Act, R.S.C. 1985, c. E-2, ss. 259.1(1) [ad. 1993, c. 19, s. 112], 259.2(2) [*idem*].

Canada Elections Act, S.C. 1974, c. 5.

Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 319, 323, Part 17, 350, 351, 352 to 357, 359, 360, 362, 496, 500, 501.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), (d), 3.

International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47.

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948).

Authors Cited

Canada. Committee on Election Expenses. *Report of the Committee on Election Expenses*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.

Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. *Reforming Electoral Democracy: Final Report*. Ottawa: The Commission, 1991.

Feasby, Colin. "Libman v. Quebec (A.G.) and the Administration of the Process of Democracy under the Charter: The Emerging Egalitarian Model" (1999), 44 *McGill L.J.* 5.

Fiss, Owen M. *The Irony of Free Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

Johnston, Richard. "The Volume and Impact of Third-Party Advertising in the 1988 Election", preliminary study. University of British Columbia, December 1990.

1326; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, 2003 CSC 37; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Red Lion Broadcasting Co. c. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969); *Martin c. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943); *Kleindienst c. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972); *United States c. Dellinger*, 472 F.2d 340 (1972); *Somerville c. Canada (Attorney General)* (1996), 184 A.R. 241; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), d), 3.

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948).

Loi électorale du Canada, S.C. 1974, ch. 5.

Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 319, 323, partie 17, 350, 351, 352-357, 359, 360, 362, 496, 500, 501.

Loi électorale du Canada, L.R.C. 1985, ch. E-2, art. 259.1(1) [aj. 1993, ch. 19, art. 112], 259.2(2) [*idem*].

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, R.T. Can. 1976 n° 47.

Doctrine citée

Canada. Comité des dépenses électorales. *Rapport du Comité des dépenses électorales*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966.

Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. *Pour une démocratie électorale renouvelée : Rapport final*. Ottawa : La Commission, 1991.

Feasby, Colin. « Libman v. Quebec (A.G.) and the Administration of the Process of Democracy under the Charter : The Emerging Egalitarian Model » (1999), 44 *R.D. McGill* 5.

Fiss, Owen M. *The Irony of Free Speech*. Cambridge : Harvard University Press, 1996.

Johnston, Richard. « The Volume and Impact of Third-Party Advertising in the 1988 Election », preliminary study. University of British Columbia, December 1990.

Johnston, Richard, et al. *Letting the People Decide : Dynamics of a Canadian Election*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 1992.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2002), 14 Alta. L.R. (4th) 4, 223 D.L.R. (4th) 275, 320 A.R. 1, [2003] 8 W.W.R. 595, [2002] A.J. No. 1542 (QL), 2002 ABCA 301, affirming a judgment of the Court of Queen's Bench (2001), 93 Alta. L.R. (3d) 281, 295 A.R. 1, 9 W.W.R. 650, [2001] A.J. No. 808 (QL), 2001 ABQB 558. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Major and Binnie JJ. dissenting in part.

Graham R. Garton, Q.C., and *Kirk Lambrecht, Q.C.*, for the appellant.

Alan D. Hunter, Q.C., *Eric P. Groody* and *David H. de Vlieger*, for the respondent.

Daniel Guttman and *Michel Y. Hélie*, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Jean-Yves Bernard and *Jean-Vincent Lacroix*, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

Eugene B. Szach, for the intervenor the Attorney General of Manitoba.

David Baker and *Faisal Bhabha*, for the intervenors Democracy Watch and National Anti-Poverty Organization.

Peter F. M. Jones, for the intervenor Environment Voters, a division of Animal Alliance of Canada.

John Herbert Bryden, appearing on his own behalf.

The reasons of McLachlin C.J. and Major and Binnie JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR J. (dissenting in part) — This Court has repeatedly held that liberal democracy demands the free expression of political opinion, and affirmed that political speech lies at the core of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*' guarantee of free expression. It has held that the freedom of expression includes the right to attempt to persuade through peaceful interchange.

Johnston, Richard, et al. *Letting the People Decide : Dynamics of a Canadian Election*. Montreal : McGill-Queen's University Press, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2002), 14 Alta. L.R. (4th) 4, 223 D.L.R. (4th) 275, 320 A.R. 1, [2003] 8 W.W.R. 595, [2002] A.J. No. 1542 (QL), 2002 ABCA 301, qui a confirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine (2001), 93 Alta. L.R. (3d) 281, 295 A.R. 1, 9 W.W.R. 650, [2001] A.J. No. 808 (QL), 2001 ABQB 558. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Major et Binnie sont dissidents en partie.

Graham R. Garton, c.r., et *Kirk Lambrecht, c.r.*, pour l'appellant.

Alan D. Hunter, c.r., *Eric P. Groody* et *David H. de Vlieger*, pour l'intimé.

Daniel Guttman et *Michel Y. Hélie*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean-Yves Bernard et *Jean-Vincent Lacroix*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Eugene B. Szach, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

David Baker et *Faisal Bhabha*, pour les intervenantes Democracy Watch et l'Organisation nationale anti-pauvreté.

Peter F. M. Jones, pour l'intervenante Environment Voters, division de l'Alliance animale du Canada.

John Herbert Bryden, en personne.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Major et Binnie rendus par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE MAJOR (dissidents en partie) — La Cour a à maintes reprises déclaré que la démocratie libérale exige la libre expression des opinions politiques et que le discours politique représente un aspect fondamental de la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a jugé que la liberté d'expression emporte le droit de tenter de convaincre par la

And it has observed that the electoral process is the primary means by which the average citizen participates in the public discourse that shapes our polity. The question now before us is whether these high aspirations are fulfilled by a law that effectively denies the right of an ordinary citizen to give meaningful and effective expression to her political views during a federal election campaign.

2

The law at issue sets advertising spending limits for citizens — called third parties — at such low levels that they cannot effectively communicate with their fellow citizens on election issues during an election campaign. The practical effect is that effective communication during the writ period is confined to registered political parties and their candidates. Both enjoy much higher spending limits. This denial of effective communication to citizens violates free expression where it warrants the greatest protection — the sphere of political discourse. As in *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, the incursion essentially denies effective free expression and far surpasses what is required to meet the perceived threat that citizen speech will drown out other political discourse. It follows that the law is inconsistent with the guarantees of the *Charter* and, hence, invalid.

I. Citizen Spending Limits

A. *What the Law Does*

3

The *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, sets limits for spending on advertising for individuals and groups. It limits citizens to spending a maximum of \$3,000 in each electoral district up to a total of \$150,000 nationally. Section 350 provides:

350. (1) A third party shall not incur election advertising expenses of a total amount of more than \$150,000

discussion pacifique. Elle a en outre fait remarquer que le processus électoral est le principal moyen permettant au citoyen ordinaire de participer au débat public qui façonne notre société. La Cour doit maintenant décider si ces objectifs légitimes sont réalisés par des dispositions législatives qui, dans les faits, privent le citoyen ordinaire de son droit d'exprimer utilement et efficacement ses opinions politiques pendant la campagne qui précède une élection fédérale.

Les dispositions litigieuses fixent, à l'égard des dépenses publicitaires engagées par les citoyens — appelés les tiers —, des plafonds si bas que ces tiers ne peuvent discuter efficacement des enjeux électoraux avec leurs concitoyens pendant les campagnes électorales. Concrètement, ces mesures signifient que seuls les partis enregistrés et leurs candidats peuvent communiquer efficacement leur message pendant la période électorale, puisqu'ils jouissent de plafonds beaucoup plus élevés. Ce refus de permettre aux citoyens de communiquer efficacement porte atteinte à un aspect de la liberté d'expression qui mérite la plus grande protection — le discours politique. Tout comme dans l'arrêt *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, cette atteinte a essentiellement pour effet de nier concrètement la liberté d'expression, et elle dépasse de beaucoup les limites requises pour répondre à la menace voulant que le discours des citoyens étouffe les autres discours politiques. En conséquence, les dispositions législatives en question ne respectent pas les garanties reconnues par la *Charte* et sont, de ce fait, invalides.

I. Plafonnement des dépenses des citoyens

A. *L'effet des dispositions législatives litigieuses*

La *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, assujettit à certaines limites les dépenses publicitaires que peuvent faire les particuliers ou groupes. Ces derniers ne sont autorisés à dépenser qu'un maximum de 3 000 \$ dans un district électoral donné, jusqu'à concurrence de 150 000 \$ à l'échelle nationale. L'article 350 prévoit ce qui suit :

350. (1) Il est interdit aux tiers, pendant la période électorale relative à une élection générale, de faire des

during an election period in relation to a general election.

(2) Not more than \$3,000 of the total amount referred to in subsection (1) shall be incurred to promote or oppose the election of one or more candidates in a given electoral district, including by

- (a) naming them;
- (b) showing their likenesses;
- (c) identifying them by their respective political affiliations; or
- (d) taking a position on an issue with which they are particularly associated.

Section 350(2)(d) is particularly restrictive. It prohibits individuals from spending more than the allowed amounts on any issue with which a candidate is “particularly associated”. The candidates in an election are typically associated with a wide range of views on a wide range of issues. The evidence shows that the effect of the limits is to prevent citizens from effectively communicating their views on issues during an election campaign.

The limits do not permit citizens to effectively communicate through the national media. The Chief Electoral Officer testified that it costs approximately \$425,000 for a one-time full-page advertisement in major Canadian newspapers. The Chief Electoral Officer knows from personal experience that this is the cost of such communication with Canadians, because he used this very method to inform Canadians of the changes to the *Canada Elections Act* prior to the last federal election. It is telling that the Chief Electoral Officer would have been unable to communicate this important change in the law to Canadians were he subject — as are other Canadians — to the national expenditure limit of \$150,000 imposed by the law.

Nor do the limits permit citizens to communicate through the mail. The Canada Post bulk mailing rate for some ridings amounts to more than \$7,500, effectively prohibiting citizens from launching a

dépenses de publicité électorale dépassant, au total, 150 000 \$.

(2) Du total visé au paragraphe (1), il est interdit aux tiers de dépenser, au total, plus de 3 000 \$ pour favoriser l'élection d'un ou de plusieurs candidats ou s'opposer à l'élection d'un ou de plusieurs candidats, dans une circonscription donnée, notamment :

- a) en les nommant;
- b) en montrant leur photographie;
- c) en les identifiant par la mention de leur appartenance politique;
- d) en prenant une position sur une question à laquelle ils sont particulièrement associés.

L'alinéa 350(2)d) est particulièrement restrictif. Il interdit aux particuliers de dépenser plus que la somme prescrite à l'égard de toute question à laquelle un candidat est « particulièrement associé ». Les candidats à une élection sont généralement associés à un large éventail d'opinions touchant un grand nombre de questions. La preuve démontre que les plafonds prévus empêchent les citoyens de communiquer efficacement leurs opinions pendant une campagne électorale.

Ces plafonds empêchent les citoyens de recourir aux médias nationaux pour communiquer efficacement leurs idées. D'après le témoignage du directeur général des élections, il en coûte environ 425 000 \$ pour faire publier une seule fois une annonce pleine page dans les principaux journaux du Canada. Le directeur général des élections connaît personnellement le coût d'une telle annonce à l'intention des Canadiens, ayant lui-même eu recours à cette méthode pour les informer des modifications apportées à la *Loi électorale du Canada* avant la dernière élection fédérale. Le fait que le directeur général des élections n'aurait pas été en mesure de communiquer cette importante modification législative aux Canadiens s'il avait été assujetti — à l'instar des autres Canadiens — au plafond global de 150 000 \$ imposé par les dispositions législatives en cause en dit long sur l'effet de celles-ci.

Les plafonds ne permettent pas non plus aux citoyens de communiquer par la poste. Dans certaines circonscriptions électorales, le tarif prescrit par Postes Canada pour les envois en nombre s'élève

mail campaign in these ridings without exceeding the \$3,000 limit.

6 The \$3,000 riding limits are further reduced by the national limit of \$150,000, which precludes citizens from spending the maximum amount in each of the 308 ridings in Canada. This effectively diminishes the \$3,000 riding maximum. Quite simply, it puts effective radio and television communication within constituencies or throughout the country beyond the reach of “third party” citizens.

7 Under the limits, a citizen may place advertisements in a local paper within her constituency. She may print some flyers and distribute them by hand or post them in conspicuous places. She may write letters to the editor of regional and national newspapers and hope they will be published. In these and other ways, she may be able to reach a limited number of people on the local level. But she cannot effectively communicate her position to her fellow citizens throughout the country in the ways those intent on communicating such messages typically do — through mail-outs and advertising in the regional and national media. The citizen’s message is thus confined to minor local dissemination with the result that effective local, regional and national expression of ideas becomes the exclusive right of registered political parties and their candidates.

8 Comparative statistics underline the meagerness of the limits. The national advertising spending limits for citizens represent 1.3 percent of the national advertising limits for political parties. In Britain, a much more geographically compact country, the comparable ratio is about 5 percent. It is argued that the British limits apply to different categories of advertising over a greater period, but the discrepancy nevertheless remains significant.

à plus de 7 500 \$, situation qui empêche concrètement les citoyens d’y lancer une campagne postale sans excéder le plafond de 3 000 \$.

La limite de 3 000 \$ par circonscription se trouve en outre réduite du fait de l’existence du plafond national de 150 000 \$, lequel empêche les citoyens de dépenser 3 000 \$ dans chacune des 308 circonscriptions électorales du Canada. Ce plafond national réduit effectivement la somme maximale de 3 000 \$ par circonscription. Il place tout simplement hors d’atteinte des « tiers » la possibilité de communiquer efficacement leur message à la radio et à la télévision à l’intérieur des circonscriptions ou dans l’ensemble du pays.

En respectant les limites prescrites, il est possible à un citoyen de faire paraître des annonces dans un journal local de sa circonscription. Il peut faire imprimer des circulaires et ensuite les distribuer manuellement ou les afficher dans des endroits en vue. Il peut écrire aux éditeurs des journaux régionaux et nationaux en espérant que ses lettres soient publiées. Ces moyens, ainsi que d’autres, peuvent lui permettre de rejoindre un nombre limité de personnes à l’échelle locale. Il ne peut toutefois pas faire connaître efficacement sa position à ses concitoyens dans l’ensemble du pays de la même manière que le font habituellement ceux qui entendent transmettre ce genre de messages — c’est-à-dire au moyen d’envois postaux et de publicité dans les médias régionaux et nationaux. Le message du citoyen fait l’objet d’une diffusion locale modeste, si bien que l’expression efficace d’idées à l’échelle locale, régionale et nationale devient l’apanage des partis politiques enregistrés et de leurs candidats.

Les statistiques comparatives font bien ressortir l’insuffisance de ces plafonds. La limite applicable aux dépenses publicitaires des citoyens à l’échelle nationale représente 1,3 pour 100 de celle imposée aux partis politiques. En Grande-Bretagne, pays beaucoup moins étendu géographiquement, ce ratio atteint environ 5 pour 100. On fait valoir que le plafond britannique s’applique à différents types de publicité et sur une plus longue période, mais l’écart demeure néanmoins important.

It is therefore clear that the *Canada Elections Act*'s advertising limits prevent citizens from effectively communicating their views on election issues to their fellow citizens, restricting them instead to minor local communication. As such, they represent a serious incursion on free expression in the political realm. The Attorney General raises three reasons why this restriction is justified as a reasonable limit in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*: to ensure the equality of each citizen in elections; to prevent the voices of the wealthy from drowning out those of others; and to preserve confidence in the electoral system. Whether that is so is the question in this appeal.

B. *Is the Incursion on Free Speech Justified?*

(1) The Significance of the Infringement

One cannot determine whether an infringement of a right is justified without examining the seriousness of the infringement. Our jurisprudence on the guarantee of the freedom of expression establishes that some types of expression are more important and hence more deserving of protection than others. To put it another way, some restrictions on freedom of expression are easier to justify than others.

Political speech, the type of speech here at issue, is the single most important and protected type of expression. It lies at the core of the guarantee of free expression; see *R. v. Guignard*, [2002] 1 S.C.R. 472, 2002 SCC 14, at para. 20; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 23; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 92; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at p. 175; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 968.

Il est par conséquent clair que le plafonnement des dépenses que prescrit la *Loi électorale du Canada* empêche les citoyens de communiquer efficacement à leurs concitoyens leurs opinions sur les enjeux électoraux, les restreignant plutôt à des communications locales d'envergure limitée. En ce sens, le plafonnement des dépenses constitue une atteinte grave à la liberté d'expression politique. Le procureur général du Canada invoque trois raisons pour justifier cette restriction en tant que limite raisonnable dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte* : garantir l'égalité de tous les citoyens à l'occasion des élections; empêcher les voix des plus fortunés d'étouffer celles des autres; maintenir la confiance dans le système électoral. Il s'agit en l'espèce de décider si ces justifications sont fondées.

B. *L'atteinte à la liberté d'expression est-elle justifiée?*

(1) La gravité de l'atteinte

Il est impossible de décider si une atteinte à un droit est justifiée sans s'interroger sur la gravité de cette atteinte. Notre jurisprudence sur la garantie relative à la liberté d'expression établit que certaines formes d'expression sont plus importantes que d'autres et que, de ce fait, elles méritent une plus grande protection. Autrement dit, certaines restrictions à la liberté d'expression sont plus facilement justifiables.

Le discours politique — forme d'expression en cause dans le présent pourvoi — représente la forme d'expression la plus importante et la plus protégée. Il constitue un aspect fondamental de la garantie relative à la liberté d'expression; voir *R. c. Guignard*, [2002] 1 R.C.S. 472, 2002 CSC 14, par. 20; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 23; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 92; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, p. 175; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1336; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 968.

12

The right of the people to discuss and debate ideas forms the very foundation of democracy; see *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at pp. 145-46. For this reason, the Supreme Court of Canada has assiduously protected the right of each citizen to participate in political debate. As Dickson C.J. stated in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 764, “[t]he state therefore cannot act to hinder or condemn a political view without to some extent harming the openness of Canadian democracy and its associated tenet of equality for all.”

13

Section 2(b) of the *Charter* aims not just to guarantee a voice to registered political parties, but an equal voice to each citizen. The right of each citizen to participate in democratic discussion was embraced by Iacobucci J., who elaborated on the scope of s. 3 for the Court in *Figuerola v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, 2003 SCC 37, at para. 26:

Section 3 does not advert to the composition of Parliament subsequent to an election, but only to the right of each citizen to a certain level of participation in the electoral process. On its very face, then, the central focus of s. 3 is the right of each citizen to participate in the electoral process. This signifies that the right of each citizen to participate in the political life of the country is one that is of fundamental importance in a free and democratic society and suggests that s. 3 should be interpreted in a manner that ensures that this right of participation embraces a content commensurate with the importance of individual participation in the selection of elected representatives in a free and democratic state. Defining the purpose of s. 3 with reference to the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process, rather than the composition of Parliament subsequent to an election, better ensures that the right of participation that s. 3 explicitly protects is not construed too narrowly. [Emphasis added.]

14

Permitting an effective voice for unpopular and minority views — views political parties may not embrace — is essential to deliberative democracy. The goal should be to bring the views of all citizens into the political arena for consideration, be they accepted or rejected at the end of the day. Free

Le droit des citoyens de discuter de certaines idées et d’en débattre représente le fondement même de la démocratie; voir *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, p. 145-146. Pour cette raison, la Cour suprême du Canada a constamment protégé le droit de chaque citoyen de participer au débat politique. Comme l’a dit le juge en chef Dickson dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 764, « [I]’État ne saurait en conséquence entraver l’expression d’une opinion politique ni la condamner sans nuire jusqu’à un certain point au caractère ouvert de la démocratie canadienne et au principe connexe de l’égalité de tous. »

L’alinéa 2b) de la *Charte* vise non seulement à garantir aux partis enregistrés le droit de s’exprimer, mais également à garantir le même droit à tout citoyen. Le droit de tout citoyen de participer aux discussions démocratiques a été reconnu par le juge Iacobucci qui, s’exprimant alors pour la Cour, a précisé la portée de l’art. 3 dans l’arrêt *Figuerola c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, 2003 CSC 37, par. 26 :

L’article [3] ne fait pas état de la composition du Parlement ou de l’assemblée législative au terme de l’élection, mais uniquement du droit de tout citoyen à un certain degré de participation au processus électoral. Il ressort donc du texte même de l’art. 3 que l’élément central de cette disposition est le droit de tout citoyen de participer au processus électoral. Il en découle que le droit de tout citoyen de participer à la vie politique du pays revêt une importance fondamentale dans une société libre et démocratique et que l’art. 3 doit être interprété d’une manière propre à faire en sorte que la teneur de ce droit de participation corresponde à l’importance de la participation individuelle à l’élection des députés dans un État libre et démocratique. Définir l’objectif de cette disposition en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, et non en fonction de la composition du Parlement ou de l’assemblée législative au terme de l’élection, protège davantage contre les interprétations trop restrictives le droit de participation que garantit expressément l’art. 3. [Nous soulignons.]

Permettre concrètement aux intéressés d’exprimer des opinions impopulaires et minoritaires — auxquelles les partis politiques peuvent ne pas souscrire — est essentiel à une démocratie délibérative. L’objectif doit être d’introduire dans l’arène politique les opinions de tous les citoyens, pour qu’elles

speech in the public square may not be curtailed merely because one might find the message unappealing or the messenger distasteful (*Figueredo*, *supra*, at para. 28):

Put simply, full political debate ensures that ours is an open society with the benefit of a broad range of ideas and opinions. . . . This, in turn, ensures not only that policy makers are aware of a broad range of options, but also that the determination of social policy is sensitive to the needs and interests of a broad range of citizens.

Participation in political debate “is . . . the primary means by which the average citizen participates in the open debate that animates the determination of social policy”; see *Figueredo*, at para. 29.

The right to participate in political discourse is a right to effective participation — for each citizen to play a “meaningful” role in the democratic process, to borrow again from the language of *Figueredo*. In *Committee for the Commonwealth*, *supra*, at p. 250, McLachlin J. stated that s. 2(b) aspires to protect “the interest of the individual in effectively communicating his or her message to members of the public” (emphasis added). In the same case, Lamer C.J. declared that “it must be understood that the individual has an interest in communicating his ideas in a place which, because of the presence of listeners, will favour the effective dissemination of what he has to say” (emphasis added); see *Committee for the Commonwealth*, at p. 154.

The ability to engage in effective speech in the public square means nothing if it does not include the ability to attempt to persuade one’s fellow citizens through debate and discussion. This is the kernel from which reasoned political discourse emerges. Freedom of expression must allow a citizen to give voice to her vision for her community and nation, to advocate change through the art of persuasion in the hope of improving her life and indeed the larger social, political and economic landscape; see *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8, at para. 32; *U.F.C.W., Local 1518*

puissent être considérées, et ce peu importe si, en définitive, elles sont acceptées ou rejetées. On ne peut pas restreindre la liberté de s’exprimer sur la place publique simplement parce qu’on juge le message déplaisant ou le messager désagréable (*Figueredo*, précité, par. 28) :

Plus simplement, un large débat politique permet à notre société de demeurer ouverte et de bénéficier d’une vaste gamme d’idées et d’opinions. [. . .] À son tour, cette situation en sorte fait non seulement que les décideurs disposent d’une vaste gamme de solutions, mais également que la politique sociale tient compte des besoins et des intérêts d’un large éventail de citoyens.

La participation au débat politique « constitue [. . .] le principal moyen permettant au citoyen ordinaire de participer au débat public qui précède l’établissement de la politique sociale »; voir *Figueredo*, par. 29.

Le droit de participer au débat politique se veut un droit à une participation efficace — soit le droit pour tout citoyen de jouer un rôle « significatif » dans le processus démocratique, pour citer de nouveau l’arrêt *Figueredo*. Dans *Comité pour la République du Canada*, précité, p. 250, la juge McLachlin a dit que l’al. 2b) vise à protéger « l’intérêt qu’a le citoyen à communiquer efficacement son message au public » (nous soulignons). Dans le même arrêt, le juge en chef Lamer a dit qu’« [i]l faut donc comprendre que l’individu a intérêt à transmettre ses idées en un lieu qui, de par la présence d’interlocuteurs, favorisera la dissémination efficace de ses propos » (nous soulignons); voir *Comité pour la République du Canada*, p. 154.

La faculté de s’exprimer concrètement sur la place publique perd son sens si elle ne s’accompagne pas de la faculté de tenter de persuader ses concitoyens par le débat et la discussion. Il s’agit de l’essence même du discours politique rationnel. La liberté d’expression doit permettre au citoyen d’exprimer son avis sur l’avenir de la collectivité et de la nation, de plaider en faveur d’un changement en pratiquant l’art de la persuasion dans l’espoir d’améliorer son propre sort et même le paysage social, politique et économique en général; voir *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8,

v. *KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083, at para. 43.

17

Freedom of expression protects not only the individual who speaks the message, but also the recipient. Members of the public — as viewers, listeners and readers — have a right to information on public governance, absent which they cannot cast an informed vote; see *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1339-40. Thus the *Charter* protects listeners as well as speakers; see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 766-67.

18

This is not a Canadian idiosyncrasy. The right to receive information is enshrined in both the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47. Canada is a signatory to both. American listeners enjoy the same right; see *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969), at p. 390; *Martin v. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943), at p. 143. The words of Marshall J., dissenting, in *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972), at p. 775, ring as true in this country as they do in our neighbour to the south:

[T]he right to speak and hear — including the right to inform others and to be informed about public issues — are inextricably part of [the First Amendment]. The freedom to speak and the freedom to hear are inseparable; they are two sides of the same coin. But the coin itself is the process of thought and discussion. The activity of speakers becoming listeners and listeners becoming speakers in the vital interchange of thought is the means indispensable to the discovery and spread of political truth. [Citations omitted.]

19

The *Canada Elections Act* undercuts the right to listen by withholding from voters an ingredient that is critical to their individual and collective deliberation: substantive analysis and commentary on political issues of the day. The spending limits impede the ability of citizens to communicate with one another through public fora and media during elections and curtail the diversity of perspectives heard and

par. 32; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, par. 43.

La liberté d'expression protège non seulement celui qui communique le message, mais aussi celui qui le reçoit. Le public — en tant que spectateurs, auditeurs et lecteurs — a le droit d'être informé sur l'administration de l'État, à défaut de quoi il ne peut voter de façon éclairée; voir *Edmonton Journal*, précité, p. 1339-1340. Ainsi, la *Charte* protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute; voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 766-767.

Ce droit n'est pas exclusif au Canada. Le droit à l'information est consacré dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., p. 71 (1948), et dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, conventions dont le Canada est signataire. Aux États-Unis, les auditeurs jouissent du même droit; voir *Red Lion Broadcasting Co. c. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969), p. 390; *Martin c. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943), p. 143. Dans l'arrêt *Kleindienst c. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972), p. 775, les propos suivants, tirés des motifs de dissidence du juge Marshall, s'appliquent autant au Canada que chez nos voisins du Sud :

[TRADUCTION] [L]e droit de parler et celui d'écouter — y compris le droit d'informer autrui et d'être soi-même informé sur des questions d'intérêt public — font inextricablement partie du [Premier amendement]. La liberté de parler et celle d'écouter sont inséparables; elles sont les deux côtés d'une même médaille. Mais la médaille elle-même représente le processus de réflexion et de discussion. L'activité par laquelle le locuteur devient l'auditeur, et vice versa, dans l'essentiel processus d'échange d'idées est le moyen indispensable pour découvrir et répandre la vérité politique. [Références omises.]

La *Loi électorale du Canada* compromet le droit des électeurs d'écouter en les privant d'un élément essentiel à leur réflexion individuelle et collective : les commentaires et les analyses de fond sur les enjeux politiques de l'heure. Le plafonnement des dépenses nuit à la capacité des citoyens de communiquer entre eux sur la place publique et dans les médias en période électorale, et il limite la diversité

assessed by the electorate. Because citizens cannot mount effective national television, radio and print campaigns, the only sustained messages voters see and hear during the course of an election campaign are from political parties.

It is clear that the right here at issue is of vital importance to Canadian democracy. In the democracy of ancient Athens, all citizens were able to meet and discuss the issues of the day in person. In our modern democracy, we cannot speak personally with each of our fellow citizens. We can convey our message only through methods of mass communication. Advertising through mail-outs and the media is one of the most effective means of communication on a large scale. We need only look at the reliance of political parties on advertising to realize how important it is to actually reaching citizens — in a word, to effective participation. The ability to speak in one's own home or on a remote street corner does not fulfill the objective of the guarantee of freedom of expression, which is that each citizen be afforded the opportunity to present her views for public consumption and attempt to persuade her fellow citizens. Pell J.'s observation could not be more apt: “[s]peech without effective communication is not speech but an idle monologue in the wilderness”; see *United States v. Dellinger*, 472 F.2d 340 (7th Cir. 1972), at p. 415.

This is the perspective from which we must approach the question whether the limitation on citizen spending is justified. It is no answer to say that the citizen can speak through a registered political party. The citizen may hold views not espoused by a registered party. The citizen has a right to communicate those views. The right to do so is essential to the effective debate upon which our democracy rests, and lies at the core of the free expression guarantee. That does not mean that the right cannot be limited. But it does mean that limits on it must be supported

des points de vue soumis à l'appréciation de l'électeurat. Parce que les citoyens se trouvent dans l'impossibilité d'organiser des campagnes publicitaires nationales efficaces dans les journaux, à la radio et à la télévision, les seuls messages que les électeurs peuvent voir et entendre de manière soutenue au cours d'une campagne électorale sont ceux émanant des partis politiques.

Il est clair que le droit en cause revêt une importance vitale pour la démocratie canadienne. Dans le régime démocratique de l'ancienne Athènes, tous les citoyens pouvaient se rencontrer et discuter de vive voix des questions de l'heure. Dans notre démocratie moderne, il nous est impossible de converser individuellement avec chacun de nos concitoyens. La communication de notre message passe nécessairement par les méthodes de communication de masse. La publicité par la poste et par les médias est l'un des moyens de communication à grande échelle les plus efficaces. Il suffit de voir dans quelle mesure les partis politiques ont recours à la publicité pour constater à quel point celle-ci est importante pour rejoindre véritablement les citoyens — en un mot, pour permettre une participation effective. La faculté de s'exprimer dans son foyer ou au coin d'une rue ne satisfait pas l'objectif visé par la garantie relative à la liberté d'expression, qui exige que chaque citoyen ait la possibilité de présenter publiquement son point de vue et de tenter de persuader ses concitoyens. En ce sens, l'observation formulée par le juge Pell est on ne peut plus appropriée : [TRADUCTION] « [u]n discours sans communication efficace n'est pas un discours, c'est comme prêcher dans le désert »; voir *United States c. Dellinger*, 472 F.2d 340 (7th Cir. 1972), p. 415.

C'est sous cet angle que nous devons nous demander si le plafonnement des dépenses imposé aux citoyens est justifié. Affirmer qu'un citoyen peut s'exprimer par la voix d'un parti politique enregistré ne répond pas à la question. En effet, il est possible qu'un citoyen ait des opinions auxquelles n'adhère aucun parti enregistré. Le citoyen a pourtant le droit de les faire valoir. Ce droit est essentiel au débat efficace sur lequel repose notre démocratie, et il est un aspect fondamental de la garantie relative à la liberté d'expression. Cela ne signifie pas qu'il ne peut pas

by a clear and convincing demonstration that they are necessary, do not go too far, and enhance more than harm the democratic process.

(2) The Law's Objective: Is It Pressing and Substantial?

22

Under this head we consider the reasons given by the Attorney General to justify limiting the right of citizens to freely express themselves on political issues during the election period. The Attorney General states that the objective of the legislation is to promote fair elections.

23

In more concrete terms, the limits are purported to further three objectives: first, to favour equality, by preventing those with greater means from dominating electoral debate; second, to foster informed citizenship, by ensuring that some positions are not drowned out by others (this is related to the right to participate in the political process by casting an informed vote); third, to enhance public confidence by ensuring equality, a better informed citizenship and fostering the appearance and reality of fairness in the democratic process.

24

These are worthy social purposes, endorsed as pressing and substantial by this Court in *Libman, supra*, at para. 47:

Elections are fair and equitable only if all citizens are reasonably informed of all the possible choices and if parties and candidates are given a reasonable opportunity to present their positions so that election discourse is not dominated by those with access to greater financial resources.

25

The Alberta courts in this case found that the stated objective was not pressing and substantial. We cannot accept that conclusion for two reasons. First, as discussed, this Court has clearly found it to be pressing and substantial in *Libman*, in so doing expressly rejecting the earlier Alberta decision in *Somerville v. Canada (Attorney General)* (1996),

être assorti de limites. Toutefois, il doit être démontré de manière claire et convaincante que ces limites sont nécessaires, qu'elles ne vont pas trop loin et qu'elles ont pour effet non pas d'affaiblir le processus démocratique mais bien plutôt de le renforcer.

(2) L'objet des dispositions législatives est-il urgent et réel?

Relativement à cette question, nous allons examiner les raisons avancées par le procureur général pour justifier la restriction du droit des citoyens de s'exprimer librement sur des enjeux politiques pendant la période électorale. Le procureur général affirme que les dispositions législatives contestées ont pour objet de favoriser la tenue d'élections équitables.

Plus concrètement, le plafonnement est censé servir trois objectifs : premièrement, favoriser l'égalité en empêchant les plus fortunés de dominer le débat électoral; deuxièmement, faciliter l'information des citoyens en veillant à ce que certaines positions ne soient pas étouffées par d'autres (cet objectif est lié au droit des citoyens de participer au processus politique en votant de façon éclairée); troisièmement, renforcer la confiance du public en garantissant l'égalité de participation et un électorate mieux informé, et en favorisant l'équité — tant apparente que réelle — du processus démocratique.

Il s'agit là d'objectifs sociaux valables, que notre Cour a déclaré urgents et réels dans l'arrêt *Libman*, précité, par. 47 :

Les élections n'ont de caractère juste et équitable que si tous les citoyens et citoyennes sont raisonnablement informés de tous les choix possibles et que l'on donne une possibilité raisonnable aux partis, aux candidats et aux candidates d'exposer leur position afin que le débat électoral ne soit pas dominé par ceux qui ont accès à des moyens financiers plus importants.

En l'espèce, les tribunaux albertaines ont estimé que l'objectif déclaré n'était pas urgent et réel. Nous ne pouvons souscrire à cette conclusion, et ce pour deux raisons. D'une part, comme nous l'avons vu plus tôt, notre Cour a clairement jugé qu'il s'agissait d'un objectif urgent et réel dans l'arrêt *Libman*, rejetant par le fait même expressément la décision

184 A.R. 241 (C.A.). Second, the Alberta courts, with respect, posed the wrong question. They asked whether the evidence proved a pressing and substantial reason to impose limits on citizen spending existed. But the proper question at this stage of the analysis is whether the Attorney General has asserted a pressing and substantial objective. Whether the objective is furthered falls to be considered at the proportionality analysis which inquires into rational connection, minimal impairment and whether the benefit conferred (if any) outweighs the significance of the infringement.

Common sense dictates that promoting electoral fairness is a pressing and substantial objective in our liberal democracy, even in the absence of evidence that past elections have been unfair; see *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 38. A theoretical objective asserted as pressing and substantial is sufficient for purposes of the s. 1 justification analysis; see *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 38; *Harvey*, *supra*, at para. 38; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 191; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 281; *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1343-45.

Thus we find that the Attorney General has asserted a pressing and substantial objective.

C. Proportionality

(1) Rational Connection

The first inquiry in determining whether the infringement is proportionate to the harm done is whether there is a rational connection between the infringing measure and the pressing and substantial objective that the infringement is said to serve. In this case, the question is whether the limits on citizen spending are rationally connected to ensuring electoral fairness in the sense of giving citizens an equal voice in elections, informing the public

prononcée par la Cour d'appel de l'Alberta dans *Somerville c. Canada (Attorney General)* (1996), 184 A.R. 241. D'autre part, en toute déférence, les tribunaux albertaines se sont posé la mauvaise question. Ils se sont demandé si la preuve démontrait l'existence d'une raison urgente et réelle d'imposer des plafonds aux dépenses qu'un citoyen peut engager. Or, la bonne question à cette étape de l'analyse consiste plutôt à décider si le procureur général a invoqué un objectif urgent et réel. Quant à la question de savoir si les dispositions contestées contribuent à la réalisation de cet objectif, elle doit être examinée au cours de l'analyse de la proportionnalité, laquelle s'attache au lien rationnel, à l'atteinte minimale et au fait de savoir si l'effet bénéfique de l'atteinte (si tant est qu'elle produit un tel effet) l'emporte sur son effet préjudiciable.

Le bon sens veut que la promotion de l'équité électorale soit un objectif urgent et réel dans notre démocratie libérale, même en l'absence de preuve montrant que les élections antérieures ont été inéquitables; voir *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 38. Un objectif théorique présenté comme urgent et réel suffit pour les besoins de l'analyse de la justification fondée sur l'article premier; voir *Thomson Newspapers*, précité, par. 38; *Harvey*, précité, par. 38; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, p. 191; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 281; *Edmonton Journal*, précité, p. 1343-1345.

En conséquence, nous concluons que le procureur général a invoqué un objectif urgent et réel.

C. Proportionnalité

(1) Le lien rationnel

Pour décider si l'atteinte est proportionnelle au préjudice causé, il faut d'abord se demander s'il existe un lien rationnel entre la mesure attentatoire et l'objectif urgent et réel que l'atteinte est censée contribuer à réaliser. Dans le présent pourvoi, il s'agit de décider si les plafonds de dépenses imposés aux citoyens sont rationnellement liés à l'objectif d'équité électorale, c'est-à-dire donner aux citoyens une voix égale lors des élections, informer

on electoral issues and preserving public confidence in the electoral system.

29

The Attorney General has offered no evidence to support a connection between the limits on citizen spending and electoral fairness. However, reason or logic may establish the requisite causal link; see *Sharpe, supra*; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452. In *Thomson Newspapers, supra*, the Court accepted as reasonable the conclusion that polls exert significant influence on the electoral process and individual electoral choice. More to the point, in *Libman, supra*, the Court concluded that electoral spending limits are rationally connected to the objective of fair elections. While some of the evidence on which this conclusion was based has since been discredited, the conclusion that limits may in theory further electoral fairness is difficult to gainsay.

30

Nevertheless, the supposition that uncontrolled spending could favour the messages of wealthier citizens or adversely affect the ability of less wealthy citizens to become informed on electoral issues is not irrational, particularly in a regime where party spending is limited. It follows that spending limits may, at least in principle, promote electoral fairness.

31

The real question in this case is not whether there exists a rational connection between the government's stated objectives and the limits on citizens imposed by the *Canada Elections Act*. It is whether the limits go too far in their incursion on free political expression.

(2) Minimal Impairment

32

The question at this stage is whether the legislation infringes the right to free expression in a way that is measured and carefully tailored to the goals sought to be achieved. The "impairment must be 'minimal', that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than

le public sur les enjeux électoraux et préserver la confiance de celui-ci dans le système électoral.

Le procureur général n'a présenté aucune preuve étayant l'existence d'un lien entre les plafonds de dépenses imposés au citoyen et l'équité électorale. Cependant, il est possible d'établir le lien causal requis en faisant appel à la raison ou la logique; voir *Sharpe*, précité; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452. Dans *Thomson Newspapers*, précité, la Cour a jugé raisonnable la conclusion portant que les sondages ont une influence importante sur le processus électoral et sur les choix électoraux individuels. Point plus pertinent encore, dans l'arrêt *Libman*, précité, la Cour a conclu que le plafonnement des dépenses électorales est rationnellement lié à l'objectif d'équité électorale. Bien qu'une certaine partie de la preuve sur laquelle reposait cette conclusion ait depuis été discreditée, la conclusion voulant que ce plafonnement puisse, en théorie, favoriser l'équité électorale est difficile à réfuter.

Néanmoins, l'hypothèse selon laquelle l'absence de restriction des dépenses favoriserait les messages des citoyens plus fortunés ou nuirait à la possibilité des moins bien nantis d'être informés sur les enjeux électoraux n'est pas irrationnelle, en particulier dans un régime où les dépenses des partis sont limitées. Il s'ensuit que le plafonnement des dépenses peut, du moins en principe, favoriser l'équité électorale.

En l'espèce, la véritable question ne consiste pas à se demander s'il existe un lien rationnel entre les objectifs déclarés du gouvernement et les plafonds de dépenses imposés aux citoyens par la *Loi électorale du Canada*, mais plutôt si ce plafonnement porte une atteinte trop grande à la liberté d'expression politique.

(2) L'atteinte minimale

À cette étape, il s'agit de déterminer si les dispositions législatives portent atteinte au droit à la liberté d'expression d'une manière qui est modérée et soigneusement adaptée aux objectifs visés par le législateur. La « restriction doit être "minimale", c'est-à-dire que la loi doit être

necessary": *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160. The difficulty with the Attorney General's case lies in the disproportion between the gravity of the problem — an apprehended possibility of harm — and the severity of the infringement on the right of political expression.

It is impossible to say whether an infringement is carefully tailored to the asserted goals without having some idea of the actual seriousness of the problem being addressed. The yardstick by which excessive interference with rights is measured is the need for the remedial infringement. If a serious problem is demonstrated, more serious measures may be needed to tackle it. Conversely, if a problem is only hypothetical, severe curtailments on an important right may be excessive.

Here the concern of the Alberta courts that the Attorney General had not shown any real problem requiring rectification becomes relevant. The dangers posited are wholly hypothetical. The Attorney General presented no evidence that wealthier Canadians — alone or in concert — will dominate political debate during the electoral period absent limits. It offered only the hypothetical possibility that, without limits on citizen spending, problems could arise. If, as urged by the Attorney General, wealthy Canadians are poised to hijack this country's election process, an expectation of some evidence to that effect is reasonable. Yet none was presented. This minimizes the Attorney General's assertions of necessity and lends credence to the argument that the legislation is an overreaction to a non-existent problem.

On the other side of the equation, the infringement on the right is severe. We earlier reviewed the stringency of the limits. They prevent citizens from effectively communicating with their

soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire» : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160. La difficulté que présente la preuve du procureur général découle de l'écart entre l'ampleur du problème — la possibilité d'un préjudice — et la gravité de l'atteinte portée au droit à l'expression politique.

Il est impossible de décider si une atteinte est soigneusement adaptée aux objectifs avancés sans se former une certaine idée de la gravité réelle du problème visé. Le critère qui permet d'évaluer si une atteinte à certains droits est excessive est celui de la nécessité de l'atteinte réparatrice. Si l'existence d'un problème grave est démontrée, des mesures plus rigoureuses peuvent être nécessaires pour y remédier. À l'inverse, s'il ne s'agit que d'un problème hypothétique, des restrictions sérieuses à un droit important peuvent être jugées excessives.

La conclusion des tribunaux albertain que le procureur général n'a pas établi l'existence d'un véritable problème requérant son intervention devient pertinente à cette étape-ci. Les risques invoqués sont entièrement hypothétiques. Le procureur général n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que les Canadiens fortunés — seuls ou en groupe — domineraient le débat politique pendant la période électorale si aucune limite n'existe. Il n'a fait que soulever l'hypothèse que des problèmes pourraient surgir en l'absence des plafonds applicables aux dépenses qu'un citoyen peut engager. Si, comme insiste le procureur général, les Canadiens fortunés sont prêts à détourner le processus électoral de notre pays, il est raisonnable de penser qu'il présenterait une certaine preuve à cet effet. Pourtant aucune preuve de cette nature n'a été soumise. Cette lacune affaiblit les prétentions du procureur général au sujet de la nécessité des dispositions contestées et renforce l'argument voulant que ces mesures constituent une réponse excessive à un problème inexistant.

Par ailleurs, l'atteinte portée au droit en cause est grave. Nous nous sommes penchés plus tôt sur la rigueur des plafonds. Ceux-ci empêchent les citoyens de discuter efficacement avec leurs

fellow citizens on election issues during a campaign. Any communication beyond the local level is effectively rendered impossible, and even at that level is seriously curtailed. The spending limits do not allow citizens to express themselves through mail-outs within certain ridings, radio and television media, nor the national press. Citizens are limited to 1.3 percent of the expenditures of registered political parties. This is significantly lower than other countries that have also imposed citizen spending limits. It is not an exaggeration to say that the limits imposed on citizens amount to a virtual ban on their participation in political debate during the election period. In actuality, the only space left in the marketplace of ideas is for political parties and their candidates. The right of each citizen to have her voice heard, so vaunted in *Figueroa, supra*, is effectively negated unless the citizen is able or willing to speak through a political party.

36

On this point, this case is indistinguishable from *Libman, supra*, where the Court held that the spending limits imposed on citizens in the course of a referendum campaign did not satisfy the requirement of minimal impairment. The Court held that the legislature in a case such as this must try to strike a balance between the right to free expression and equality among the citizens in expressing their views. The limits imposed failed to meet the minimal impairment test in the case of individuals and groups who could neither join nor affiliate themselves with the national committees. The Court stated that the restrictions were so severe that they came close to being a total ban and that better, less intrusive alternatives existed. The situation is precisely the same here.

37

In *Libman, supra*, at para. 63, the Court stated that “[i]t can be seen from the evidence that the legislature went to considerable lengths, in good faith, in order to adopt means that would be as

concitoyens des enjeux électoraux au cours d'une campagne. Les plafonds empêchent concrètement les communications au-delà de l'échelle locale et, même là, ils les limitent considérablement. Ils sont insuffisants pour permettre aux citoyens de s'exprimer au moyen d'envois postaux dans certaines circonscriptions ou de messages à la radio, à la télévision ou dans la presse nationale. Les dépenses permises aux citoyens ne représentent que 1,3 pour 100 de celles permises aux partis politiques enregistrés. Ce pourcentage est considérablement moins élevé que dans les autres pays qui ont eux aussi imposé des plafonds de dépenses aux citoyens. Il n'est pas exagéré de dire que ces restrictions reviennent virtuellement à interdire aux citoyens toute participation au débat politique pendant la période électorale. Dans les faits, seuls les partis politiques et leurs candidats peuvent intervenir sur le marché des idées. Le droit que possède tout citoyen de s'exprimer et dont on a tant fait l'éloge dans l'arrêt *Figueroa*, précité, est effectivement nié, sauf si le citoyen peut ou veut s'exprimer par l'entremise d'un parti politique.

À cet égard, la présente affaire ne peut être distinguée de l'arrêt *Libman*, précité, où la Cour a conclu que les plafonds de dépenses auxquels sont assujettis les citoyens au cours d'une campagne référendaire ne satisfaisaient pas à la condition requérant que l'atteinte soit minimale. La Cour a estimé que, dans de tels cas, le législateur doit s'efforcer d'établir un juste équilibre entre le droit à la liberté d'expression et l'égalité des citoyens dans l'exercice de cette liberté. Les restrictions imposées ne satisfaisaient pas au critère de l'atteinte minimale pour ce qui était des personnes ou groupes qui ne pouvaient s'associer ou s'affilier aux comités nationaux. La Cour a dit que les limites étaient si restrictives qu'elles se rapprochaient d'une prohibition totale et qu'il existait de meilleures solutions, moins attentatoires. La situation est exactement la même en l'espèce.

Dans l'arrêt *Libman*, précité, par. 63, la Cour a dit que « [I]a preuve démontre que le législateur a déployé, de bonne foi, des efforts considérables afin de mettre sur pied des moyens qui soient les

non-intrusive as possible while at the same time respecting the objective it had set.” Here, too, Parliament’s good faith is advanced, said to be evidenced by the ongoing dialogue with the courts as to where the limits should be set. But as in *Libman*, good faith cannot remedy an impairment of the right to freedom of expression.

There is no demonstration that limits this draconian are required to meet the perceived dangers of inequality, an uninformed electorate and the public perception that the system is unfair. On the contrary, the measures may themselves exacerbate these dangers. Citizens who cannot effectively communicate with others on electoral issues may feel they are being treated unequally compared to citizens who speak through political parties. The absence of their messages may result in the public being less well informed than it would otherwise be. And a process that bans citizens from effective participation in the electoral debate during an election campaign may well be perceived as unfair. These fears may be hypothetical, but no more so than the fears conjured by the Attorney General in support of the infringement.

This is not to suggest that election spending limits are never permissible. On the contrary, this Court in *Libman* has recognized that they are an acceptable, even desirable, tool to ensure fairness and faith in the electoral process. Limits that permit citizens to conduct effective and persuasive communication with their fellow citizens might well meet the minimum impairment test. The problem here is that the draconian nature of the infringement — to effectively deprive all those who do not or cannot speak through political parties of their voice during an election period — overshoots the perceived danger. Even recognizing that “[t]he tailoring process seldom admits of perfection” (*RJR-MacDonald, supra*, at para. 160), and according Parliament a healthy measure of deference, we are left with the fact that nothing in the evidence suggests that a virtual ban on citizen communication through effective

moins attentatoires possibles tout en respectant l’objectif qu’il s’était fixé.» Ici aussi, on invoque la bonne foi du législateur, dont témoignerait le dialogue continu avec les tribunaux quant à la fixation des plafonds. Mais, tout comme dans l’arrêt *Libman*, la bonne foi ne peut remédier à une atteinte au droit à la liberté d’expression.

Rien ne démontre que des limites aussi draconiennes soient nécessaires pour répondre aux risques qui, dit-on, existeraient : inégalité de participation, électorat mal informé et perception par le public que le système est inéquitable. Au contraire, ces mesures peuvent elles-mêmes exacerber ces risques. Les citoyens qui ne peuvent discuter efficacement avec autrui des enjeux électoraux peuvent estimer qu’ils sont traités injustement comparativement aux citoyens qui s’expriment par l’entremise des partis politiques. En l’absence des messages émanant des premiers, il est possible que le public soit moins bien informé qu’il ne le serait autrement. En outre, il est fort possible qu’un processus qui empêche des citoyens de participer activement au débat électoral pendant une campagne soit perçu comme injuste. Ces craintes sont peut-être hypothétiques, mais elles ne le sont pas davantage que celles évoquées par le procureur général pour justifier l’atteinte.

Cela ne veut pas dire que l’établissement de limites applicables aux dépenses électORALES ne saurait jamais être une mesure acceptable. Au contraire, dans *Libman*, notre Cour a reconnu que de telles limites constituent un outil acceptable, voire souhaitable, pour assurer l’équité du processus électoral et préserver la confiance dans celui-ci. Des restrictions permettant aux citoyens de communiquer de manière efficace et persuasive avec leurs concitoyens pourraient fort bien satisfaire au critère de l’atteinte minimale. En l’espèce le problème découle du fait que le caractère draconien de l’atteinte — qui a concrètement pour effet d’empêcher tous ceux qui ne s’expriment pas par l’entremise d’un parti politique, ou qui ne peuvent le faire, de s’exprimer au cours d’une période électORALE — excède le risque qui, estime-t-on, existerait. Même en reconnaissant que « [l]e processus d’adaptation est rarement parfait »

advertising is required to avoid the hypothetical evils of inequality, a misinformed public and loss of public confidence in the system.

40

The same logic that leads to the conclusion that the Attorney General has not established that the infringement minimally impairs the citizen's right of free speech applies equally to the final stage of the proportionality analysis, which asks us to weigh the benefits conferred by the infringement against the harm it may occasion.

41

Given the unproven and speculative nature of the danger the limits are said to address, the possible benefits conferred by the law are illusory. The smaller the danger, the less the benefit conferred. Yet the infringement is serious. It denies the citizen the right of effective political communication except through a registered party. The denial is made all the more serious because political expression lies at the heart of the guarantee of free expression and underpins the very foundation of our democracy. The measures may actually cause more inequality, less civic engagement and greater disrepute than they avoid. In the absence of any evidence to the contrary, it cannot be said that the infringement does more good than harm.

42

Having had the advantage of reviewing the reasons of Bastarache J., we believe it is important to make three observations. First, whether or not citizens dispose of sufficient funds to meet or exceed the existing spending limits is irrelevant. What is important is that citizens have the capacity, should they so choose, to exercise their right to free political speech. The spending limits as they currently

(*RJR-MacDonald*, précité, par. 160), et en faisant preuve d'une bonne dose de déférence envers le législateur, il n'en reste pas moins que rien dans la preuve ne tend à indiquer qu'il soit nécessaire de virtuellement interdire aux citoyens de communiquer au moyen de mesures publicitaires efficaces pour éviter les hypothétiques dangers que représentent en l'occurrence l'inégalité de participation, un public mal informé et la perte de confiance du public dans le système.

(3) Proportionality

Le raisonnement à la base de la conclusion selon laquelle le procureur général n'a pas démontré que la restriction porte le moins possible atteinte au droit des citoyens à la liberté d'expression s'applique tout autant à la dernière étape de l'analyse relative à la proportionnalité, laquelle requiert que l'on soupèse les effets bénéfiques de l'atteinte et ses effets préjudiciables potentiels.

Comme le risque hypothétique auquel le plafonnement est censé remédier n'a pas été établi, les possibles bénéfices des dispositions législatives contestées restent illusoires. Plus le risque est minime, moins le bénéfice de l'atteinte est grand. Nous sommes pourtant en présence d'une atteinte grave, qui nie aux citoyens le droit de communiquer efficacement sur le plan politique, sauf par l'entremise d'un parti enregistré. Ce déni est d'autant plus grave que l'expression politique touche au cœur de la garantie relative à la liberté d'expression et qu'elle est le fondement même de notre démocratie. Dans les faits, les dispositions contestées peuvent exacerber l'inégalité, le désengagement civique et la déconsidération qu'elles cherchent par ailleurs à éviter. En l'absence de toute preuve contraire, il est impossible d'affirmer que l'atteinte fait plus de bien que de mal.

Ayant pris connaissance des motifs du juge Bastarache, nous estimons important de formuler les trois observations suivantes. Premièrement, le fait que les citoyens disposent ou non de fonds leur permettant de profiter pleinement des limites prévues, voire de les excéder, n'est pas pertinent. Ce qui importe, c'est que les citoyens soient capables, s'ils décident de le faire, d'exercer leur droit

stand do not allow this. Instead, they have a chilling effect on political speech, forcing citizens into a Hobson's choice between not expressing themselves at all or having their voice reduced to a mere whisper. Faced with such options, citizens could not be faulted for choosing the former.

Second, it is important to recognize that the spending limits do not constrain the right of only a few citizens to speak. They constrain the political speech of all Canadians, be they of superior or modest means. Whether it is a citizen incurring expenditures of \$3001 for leafleting in her riding or a group of citizens pooling 1501 individual contributions of \$100 to run a national advertising campaign, the *Charter* protects the right to free political speech.

Finally, even if were true that spending limits constrained the political speech rights of only a few citizens, it would be no answer to say, as suggests Bastarache J., at para. 112, that few citizens can afford to spend more than the limits anyway. This amounts to saying that even if the breach of s. 2(b) is not justified, it does not matter because it affects only a few people. *Charter* breaches cannot be justified on this basis. Moreover, one may question the premise that only a few people are affected by the spending limits. Indeed, if so few can afford to spend more than the existing limits, why, one may ask, are they needed?

II. The Anti-Circumvention Provisions

Section 351 is designed to prevent a citizen group from circumventing the spending limits imposed in s. 350 by either splitting into two or more groups, or by joining with another group to incur election

de s'exprimer librement sur le plan politique. Les plafonds de dépenses actuels ne leur permettent pas de le faire. Au contraire, ces plafonds ont un effet inhibiteur sur le discours politique et ils offrent aux citoyens un choix qui n'en est pas un, c'est-à-dire ne pas s'exprimer du tout ou s'exprimer de façon quasi inaudible. Devant une telle alternative, on ne saurait reprocher aux citoyens de choisir la première solution.

Deuxièmement, il est important de reconnaître que les plafonds de dépenses ne limitent pas le droit d'expression de quelques citoyens seulement. Ils limitent le droit au discours politique de l'ensemble des Canadiens et Canadiennes, que ceux-ci disposent de ressources modestes ou considérables. La *Charte* protège le droit à la liberté d'expression politique de chacun, autant le citoyen qui dépense 3 001 \$ pour distribuer des pamphlets dans sa circonscription que le groupe de citoyens mettant en commun 1501 contributions individuelles de 100 \$ pour mener une campagne publicitaire à l'échelle nationale.

Troisièmement, même si l'était vrai que les plafonds de dépenses ne limitent le droit à la liberté d'expression que de quelques citoyens seulement, suggérer, comme le fait le juge Bastarache au par. 112, que de toute façon peu de citoyens ont les moyens de dépenser plus que les plafonds prescrits ne répond pas à la question. Une telle affirmation revient à dire que, même si la violation de l'al. 2b) n'est pas justifiée, cela n'est pas important puisque cette violation ne touche que quelques personnes seulement. Les contraventions à la *Charte* ne sauraient être justifiées de cette manière. Qui plus est, il est permis de mettre en doute l'hypothèse selon laquelle seules quelques personnes sont touchées par les plafonds de dépenses. D'ailleurs, s'il n'y a que si peu de personnes en mesure de dépenser plus que les plafonds actuels, pourquoi, pourrait-on demander, les plafonds s'imposent-ils?

II. Les dispositions anticontournement

L'article 351 vise à empêcher un groupe de citoyens d'esquiver les plafonds prescrits par l'art. 350 en se divisant en plusieurs groupes ou en se joignant à un autre groupe afin d'éviter que les

43

2004 SCC 33 (CanLII)

44

45

advertising expenditures exceeding the imposed limits. It provides:

351. A third party shall not circumvent, or attempt to circumvent, a limit set out in section 350 in any manner, including by splitting itself into two or more third parties for the purpose of circumventing the limit or acting in collusion with another third party so that their combined election advertising expenses exceed the limit.

46

This provision is too closely bound up with s. 350 to survive on its own. Under the doctrine of severance, “when only a part of a statute or provision violates the Constitution, it is common sense that only the offending portion should be declared to be of no force or effect, and the rest should be spared”; see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 696. Moreover, “[t]o refuse to sever the offending part, and therefore declare inoperative parts of a legislative enactment which do not themselves violate the Constitution, is surely the more difficult course to justify”; see *Schachter*, at p. 696. But, as Lamer C.J. has explained, at p. 697 (citing *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), at p. 518), the heart of the matter is

whether what remains is so inextricably bound up with the part declared invalid that what remains cannot independently survive or, as it has sometimes been put, whether on a fair review of the whole matter it can be assumed that the legislature would have enacted what survives without enacting the part that is ultra vires at all.

Parliament cannot be assumed to have enacted s. 351 independently of the citizen election spending limits in s. 350; see *Schachter*, at p. 711. The section is keyed to the spending limits and has no other purpose. For this reason, s. 351 is invalid.

III. The Polling Day Blackout

47

The Attorney General concedes that the blackout on polling day election advertising imposed by s. 323 infringes s. 2(b) of the *Charter*. The blackout is directed at political speech — the core purpose of the freedom of expression — and restricts political speech in both aim and effect, creating an unqualified ban preventing candidates, political

dépenses de publicité électorale dépasse les plafonds fixés. Cette disposition est ainsi rédigée :

351. Il est interdit à un tiers d'esquiver ou de tenter d'esquiver les plafonds prévus par l'article 350, notamment en se divisant en plusieurs tiers ou en agissant de concert avec un autre tiers de sorte que la valeur totale de leurs dépenses de publicité électorale dépasse les plafonds fixés à cet article.

Cette disposition est si intimement liée à l'art. 350 qu'elle ne peut exister de façon autonome. Suivant la doctrine de la dissociation, « lorsque seulement une partie d'une loi ou d'une disposition viole la Constitution, il est logique de déclarer inopérante seulement la partie fautive et de maintenir en vigueur le reste du texte »; voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 696. En outre, « [r]efuser de retrancher la partie fautive, et en conséquence déclarer inopérantes les dispositions d'une loi qui en soi ne violent pas la Constitution, est certainement le choix le plus difficile à justifier »; voir *Schachter*, p. 696. Toutefois, comme l'a expliqué le juge en chef Lamer à la p. 697 (citant l'arrêt *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), p. 518), la question fondamentale consiste à se demander :

[TRADUCTION] si le reste n'est pas si inextricablement lié à la partie déclarée invalide qu'il ne saurait subsister indépendamment, ou comme on l'a dit parfois, si, après un examen impartial de toute la question, on peut présumer que le législateur n'aurait jamais adopté ce qui subsiste sans adopter la partie qui est ultra vires.

On ne saurait présumer que le législateur a édicté l'art. 351 indépendamment du plafonnement des dépenses électorales imposé au citoyen par l'art. 350; voir *Schachter*, p. 711. Cette disposition se rattache au plafonnement des dépenses et n'a pas d'autre objet. Pour ce motif, l'art. 351 est invalide.

III. L'interdiction applicable le jour du scrutin

Le procureur général concède que l'interdiction prescrite par l'art. 323 à l'égard de la publicité électorale le jour du scrutin porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. Cette interdiction vise le discours politique — aspect fondamental de la liberté d'expression — et, tant par son objet que par ses effets, elle limite le discours politique, du fait qu'elle empêche

parties and citizens from issuing election day advertising through the close of polls. However, we agree with Bastarache J. that the infringement of s. 2(b) is justified as a reasonable measure in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*.

IV. The Attribution, Disclosure and Registration Requirements

These requirements, variously found in ss. 352 to 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections Act*, are not keyed to the citizen election spending limits in s. 350. Requiring citizens to register with the Chief Electoral Officer, self-identify on advertisements, and disclose their adherents and the nature of their expenditures serves the interests of transparency and an informed vote in the political process. We agree with Bastarache J. that the infringement that these provisions work on the freedom of expression is saved by s. 1.

V. Conclusion

We would allow the appeal in part and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 323(1) and (3), 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes with respect to ss. 323(1) and (3), 350, 352 to 357, 359, 360 and 362. It is not necessary to answer this question with respect to s. 351.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No with respect to s. 350. Yes with respect to ss. 323(1) and (3), 352 to 357, 359, 360 and 362. It is

totalelement les candidats, les partis politiques et les citoyens de diffuser de la publicité électorale le jour du scrutin, et ce, jusqu'à la fermeture des bureaux de scrutin. Cependant, nous souscrivons à la conclusion du juge Bastarache que la violation de l'al. 2b) constitue, au sens de l'article premier de la *Charte*, une mesure raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

IV. Les obligations d'attribution, de divulgation et d'enregistrement

Ces obligations, énoncées aux art. 352-357, 359-360 et 362 de la *Loi électorale du Canada*, ne visent pas spécifiquement le plafonnement des dépenses électorales des citoyens que prescrit l'art. 350. Obliger les citoyens à s'enregistrer auprès du directeur général des élections, à mentionner leur nom dans les publicités et à divulguer le nom de leurs membres et la nature de leurs dépenses contribue à la réalisation des objectifs de transparence du processus électoral et d'exercice éclairé du droit de vote. À l'instar du juge Bastarache, nous estimons que l'atteinte portée à la liberté d'expression par ces dispositions est justifiée au sens de l'article premier.

V. Conclusion

Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. Les paragraphes 323(1) et (3) et les art. 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 et 362 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui en ce qui concerne les par. 323(1) et (3) ainsi que les art. 350, 352-357, 359, 360 et 362. Il n'est pas nécessaire de répondre à la présente question pour ce qui est de l'art. 351.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non en ce qui concerne l'art. 350. Oui pour ce qui concerne les par. 323(1) et (3) ainsi que les art.

not necessary to answer this question with respect to s. 351.

3. Do ss. 323(1) and (3), 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

5. Do ss. 351, 356, 357(3), 359 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No with respect to ss. 356, 357(3), 359 and 362. It is not necessary to answer this question with respect to s. 351.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

The judgment of Iacobucci, Bastarache, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

50

At issue in this appeal is whether the third party spending provisions of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, violate ss. 2(b), 2(d) and 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. To resolve this issue, the Court must reconcile the right to meaningfully participate in elections under s. 3 with the right to freedom of expression under

352-357, 359, 360 et 362. Il n'est pas nécessaire de répondre à la présente question pour ce qui est de l'art. 351.

3. Les paragraphes 323(1) et (3) et les art. 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 et 362 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à la présente question.

5. Les articles 351, 356, 359 et 362 et le par. 357(3) de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non en ce qui concerne l'art. 356, le par. 357(3) et les art. 359 et 362. Il n'est pas nécessaire de répondre à la présente question pour ce qui est de l'art. 351.

6. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à la présente question.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Bastarache, Arbour, LeBel, Deschamps et Fish rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, il s'agit de décider si les dispositions de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, qui régissent les dépenses des tiers contreviennent aux al. 2b) et 2d) et à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour trancher cette question, notre Cour doit concilier le droit que reconnaît à chacun l'art. 3 de participer utilement

s. 2(b). This appeal also requires the Court to revisit the principles and guidelines set out in *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, in the regulation of elections. Finally, this appeal calls for a consideration of the principles developed in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, about the nature and sufficiency of evidence required when Parliament adopts a regulatory regime to govern the electoral process.

II. Judicial History

A. Alberta Court of Queen's Bench (2001), 93 Alta. L.R. (3d) 281

The trial judge, Cairns J., divided the impugned provisions of the Act's third party electoral advertising regime into four broad categories: spending limits; the attribution, registration and disclosure requirements; the election day advertising blackout; and the off-shore contributions ban. He concluded that the spending limits found in ss. 350 and 351 infringed ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter* and could not be saved under s. 1. Not only did Cairns J. find s. 350 void for vagueness (para. 216), he also found that the Attorney General of Canada had not adduced sufficient evidence to establish that the objective of the limits — electoral fairness — was pressing and substantial. According to Cairns J., there was no actual evidence on the record before him of third party spending leading to a disproportionate influence upon the electorate. Nor was there any evidence that third party spending had dominated the electoral discourse (para. 261). In his view, the Court's decision in *Libman, supra*, did not determine any of the issues before him (para. 193). In particular, Cairns J. placed little weight on the findings of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing ("Lortie Commission"), which concluded that third party spending limits were necessary to promote and preserve electoral fairness (*Reforming Electoral Democracy* (1991), vol. 1 ("Lortie Report")). He took the position that the Commission's recommendations regarding third party spending were of little value as they relied primarily on a preliminary study by Richard

aux élections et le droit à la liberté d'expression que garantit l'al. 2b). Par la même occasion, notre Cour doit revoir les lignes directrices et principes relatifs aux élections dégagés dans l'arrêt *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569. Enfin, le présent pourvoi requiert l'examen des principes élaborés dans l'arrêt *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, quant à la nature et au caractère suffisant de la preuve requise pour l'adoption d'un régime de réglementation applicable au processus électoral.

II. Historique des procédures judiciaires

A. Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (2001), 93 Alta. L.R. (3d) 281

En première instance, le juge Cairns a réparti entre quatre grandes catégories les dispositions législatives contestées du régime applicable à la publicité électorale des tiers : les plafonds de dépenses; les obligations d'attribution, d'enregistrement et de divulgation; l'interdiction de publicité le jour du scrutin; l'interdiction d'accepter des fonds de l'étranger. Le juge Cairns a conclu que les plafonds de dépenses prévus aux art. 350 et 351 contrevenaient aux al. 2b et 2d de la *Charte* et que leur validité ne pouvait être sauvegardée par application de l'article premier. Non seulement le juge Cairns a-t-il déclaré l'art. 350 nul pour cause d'imprécision (par. 216), il a également estimé que la preuve présentée par le procureur général du Canada n'était pas suffisante pour établir le caractère urgent et réel de l'objectif poursuivi : l'équité électorale. Selon le juge Cairns, rien dans le dossier dont il disposait ne révélait que les dépenses des tiers avaient une influence disproportionnée sur l'électeurat, ni qu'elles avaient exercé un effet dominant sur le débat électoral (par. 261). À son avis, la décision de notre Cour dans *Libman*, précité, ne réglait aucune des questions dont il était saisi (par. 193). En particulier, le juge Cairns a accordé peu de poids aux conclusions de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (la « Commission Lortie ») portant que le plafonnement des dépenses des tiers était nécessaire pour favoriser et maintenir l'équité électorale (*Pour une démocratie électorale renouvelée* (1991), vol. 1 (le « Rapport Lortie »)). Il a

Johnston (“The Volume and Impact of Third Party Advertising in the 1988 Election” (1990) (“Johnston Report”)), concluding that third party advertising had an impact on the outcome of the 1988 federal election. Johnston later changed his position based on the final statistical analysis of his study (R. Johnston et al., *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election* (1992)).

B. *Alberta Court of Appeal* (2002), 14 Alta. L.R. (4th) 4

⁵² The Court of Appeal dismissed the appeal. Paperny J.A., writing for the majority, also allowed the cross-appeal and struck down ss. 323, 350 to 357, 359, 360 and 362 of the Act on the basis that the provisions “must all stand or fall together as part of the same design” (para. 193). Berger J.A. dissented. While the spending limits infringed s. 2(b), they were reasonable and demonstrably justified under s. 1. In his opinion, the enactments were an appropriate legislative response to the judicial guidance provided by this Court in *Libman, supra*.

III. Relevant Statutory Provisions

53 *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9

323. (1) No person shall knowingly transmit election advertising to the public in an electoral district on polling day before the close of all of the polling stations in the electoral district.

(2) The transmission to the public of a notice of an event that the leader of a registered party intends to attend or an invitation to meet or hear the leader of a registered party is not election advertising for the purpose of subsection (1).

(3) For the purpose of subsection (1), a person includes a registered party and a group within the meaning of Part 17.

350. (1) A third party shall not incur election advertising expenses of a total amount of more than \$150,000

estimé que les recommandations de la Commission concernant les dépenses des tiers étaient peu pertinentes, puisqu’elles reposaient principalement sur une étude préliminaire (« The Volume and Impact of Third-Party Advertising in the 1988 Election » (1990)) menée par Richard Johnston (le « Rapport Johnston »), dans laquelle ce dernier avait conclu que la publicité faite par les tiers avait eu une incidence sur le résultat de l’élection fédérale en 1988. Par suite de l’analyse statistique finale de son étude, M. Johnston est revenu sur sa position (R. Johnston et autres, *Letting the People Decide : Dynamics of a Canadian Election* (1992)).

B. *Cour d’appel de l’Alberta* (2002), 14 Alta. L.R. (4th) 4

La Cour d’appel a rejeté l’appel. Se prononçant pour la majorité, la juge Paperny a également accueilli l’appel incident et invalidé les art. 323, 350-357, 359-360 et 362 de la Loi, au motif qu’ils [TRADUCTION] « doivent connaître le même sort, puisqu’ils forment un tout » (par. 193). Le juge Berger a exprimé sa dissidence, concluant que, bien que contraires à l’al. 2b), les plafonds de dépenses étaient raisonnables et justifiés au regard de l’article premier. À son avis, il s’agissait d’une solution législative appropriée eu égard aux indications fournies par notre Cour dans l’arrêt *Libman*, précité.

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi électorale du Canada, S.C. 2000, ch. 9

323. (1) Il est interdit à toute personne de sciemment diffuser de la publicité électorale dans une circonscription le jour du scrutin, avant la fermeture de tous les bureaux de scrutin de celle-ci.

(2) Pour l’application du paragraphe (1), la diffusion d’un avis d’événement auquel le chef d’un parti enregistré a l’intention de participer ou une invitation à rencontrer ou à entendre le chef d’un parti enregistré ne constituent pas de la publicité électorale.

(3) Pour l’application du paragraphe (1), sont assimilés à des personnes les partis enregistrés et les groupes au sens de la partie 17.

350. (1) Il est interdit aux tiers, pendant la période électorale relative à une élection générale, de faire des

during an election period in relation to a general election.

(2) Not more than \$3,000 of the total amount referred to in subsection (1) shall be incurred to promote or oppose the election of one or more candidates in a given electoral district, including by

- (a) naming them;
- (b) showing their likenesses;
- (c) identifying them by their respective political affiliations; or
- (d) taking a position on an issue with which they are particularly associated.

(3) The limit set out in subsection (2) only applies to an amount incurred with respect to a leader of a registered party or eligible party to the extent that it is incurred to promote or oppose his or her election in a given electoral district.

(4) A third party shall not incur election advertising expenses of a total amount of more than \$3,000 in a given electoral district during the election period of a by-election.

(5) The amounts referred to in subsections (1), (2) and (4) shall be multiplied by the inflation adjustment factor referred to in section 414 that is in effect on the issue of the writ or writs.

351. A third party shall not circumvent, or attempt to circumvent, a limit set out in section 350 in any manner, including by splitting itself into two or more third parties for the purpose of circumventing the limit or acting in collusion with another third party so that their combined election advertising expenses exceed the limit.

352. A third party shall identify itself in any election advertising placed by it and indicate that it has authorized the advertising.

353. (1) A third party shall register immediately after having incurred election advertising expenses of a total amount of \$500 and may not register before the issue of the writ.

(2) An application for registration shall be sent to the Chief Electoral Officer in the prescribed form and shall include

- (a) the name, address and telephone number of
 - (i) if the third party is an individual, the individual,

dépenses de publicité électorale dépassant, au total, 150 000 \$.

(2) Du total visé au paragraphe (1), il est interdit aux tiers de dépenser, au total, plus de 3 000 \$ pour favoriser l'élection d'un ou de plusieurs candidats ou s'opposer à l'élection d'un ou de plusieurs candidats, dans une circonscription donnée, notamment :

- a) en les nommant;
- b) en montrant leur photographie;
- c) en les identifiant par la mention de leur appartenance politique;
- d) en prenant une position sur une question à laquelle ils sont particulièrement associés.

(3) Le plafond prévu au paragraphe (2) ne s'applique aux dépenses engagées à l'égard du chef d'un parti enregistré ou d'un parti admissible que dans la mesure où elles servent à favoriser son élection dans une circonscription, ou à s'y opposer.

(4) Il est interdit aux tiers, pendant la période électorale relative à une élection partielle, de faire des dépenses de publicité électorale dépassant 3 000 \$, au total, dans une circonscription donnée.

(5) Les montants visés aux paragraphes (1), (2) et (4) sont multipliés à la date de délivrance du ou des brefs par le facteur d'ajustement à l'inflation visé à l'article 414.

351. Il est interdit à un tiers d'esquiver ou de tenter d'esquiver les plafonds prévus par l'article 350, notamment en se divisant en plusieurs tiers ou en agissant de concert avec un autre tiers de sorte que la valeur totale de leurs dépenses de publicité électorale dépasse les plafonds fixés à cet article.

352. Les tiers doivent mentionner leur nom dans toute publicité électorale et signaler le fait que celle-ci a été autorisée par eux.

353. (1) Le tiers doit s'enregistrer dès qu'il a engagé des dépenses de publicité électorale de 500 \$ au total mais non avant la délivrance du bref.

(2) La demande d'enregistrement est présentée au directeur général des élections selon le formulaire prescrit et comporte :

- a) les nom, adresse et numéro de téléphone :
- (i) si elle est présentée par un particulier, de celui-ci,

- (ii) if the third party is a corporation, the corporation and the officer who has signing authority for it, and
- (iii) if the third party is a group, the group and a person who is responsible for the group;
- (b) the signature of the individual, officer or person referred to in subparagraph (a)(i), (ii) or (iii), respectively, as the case may be;
- (c) the address and telephone number of the office of the third party where its books and records are kept and of the office to which communications may be addressed; and
- (d) the name, address and telephone number of the third party's financial agent.
- (3) An application under subsection (2) must be accompanied by a declaration signed by the financial agent accepting the appointment.
- (4) If a third party's financial agent is replaced, it shall, without delay, provide the Chief Electoral Officer with the new financial agent's name, address and telephone number and a declaration signed by the new financial agent accepting the appointment.
- (5) If the third party is a trade union, corporation or other entity with a governing body, the application must include a copy of the resolution passed by its governing body authorizing it to incur election advertising expenses.
- (6) The Chief Electoral Officer shall, without delay after receiving an application, determine whether the requirements set out in subsections (1) to (3) and (5) are met and shall then notify the person who signed the application whether the third party is registered. In the case of a refusal to register, the Chief Electoral Officer shall give reasons for the refusal.
- (7) A third party may not be registered under a name that, in the opinion of the Chief Electoral Officer, is likely to be confused with the name of a candidate, registered party, registered third party or eligible party.
- (8) The registration of a third party is valid only for the election period during which the application is made, but the third party continues to be subject to the requirement to file an election advertising report under subsection 359(1).
- 354.** (1) A third party that is required to register under subsection 353(1) shall appoint a financial agent who may be a person who is authorized to sign an application for registration made under that subsection.
- (ii) si elle est présentée par une personne morale, de celle-ci et d'un dirigeant autorisé à signer en son nom,
- (iii) si elle est présentée par un groupe, de celui-ci et d'un responsable du groupe;
- b) la signature du particulier, du dirigeant autorisé à signer au nom de la personne morale ou du responsable du groupe, selon le cas;
- c) l'adresse et le numéro de téléphone du bureau du tiers où sont conservés ses livres et ses dossiers ainsi que ceux du bureau où les communications peuvent être transmises;
- d) les nom, adresse et numéro de téléphone de l'agent financier du tiers.
- (3) La demande doit être accompagnée d'une déclaration signée par l'agent financier pour accepter sa nomination.
- (4) En cas de remplacement de l'agent financier, le tiers doit en informer sans délai le directeur général des élections et lui fournir les nom, adresse et numéro de téléphone du nouvel agent financier et une déclaration signée par celui-ci pour accepter sa nomination.
- (5) Les personnes morales, les syndicats ou autres entités ayant un organe de direction doivent en outre présenter avec leur demande une copie de la résolution adoptée par cet organe de direction pour autoriser l'engagement des dépenses de publicité électorale.
- (6) Dès réception de la demande, le directeur général des élections décide si celle-ci remplit les exigences prévues aux paragraphes (1) à (3) et (5) et informe le signataire du fait que le tiers est ou non enregistré. En cas de refus, il en donne les motifs.
- (7) Le tiers ne peut être enregistré sous un nom qui, de l'avis du directeur général des élections, est susceptible de créer de la confusion avec celui d'un parti enregistré, d'un parti admissible, d'un candidat ou d'un tiers enregistré.
- (8) L'enregistrement du tiers n'est valide que pour l'élection en cours, mais le tiers reste assujetti à l'obligation de produire le rapport prévu au paragraphe 359(1).
- 354.** (1) Le tiers tenu de s'enregistrer aux termes du paragraphe 353(1) doit nommer un agent financier; celui-ci peut être la personne autorisée à signer la demande d'enregistrement.

(2) The following persons are not eligible to be a financial agent of a third party:

- (a) a candidate or an official agent of a candidate;
- (b) a person who is the chief agent, or a registered agent, of a registered party;
- (c) an election officer or an employee of a returning officer; and
- (d) a person who is not a Canadian citizen or a permanent resident as defined in subsection 2(1) of the *Immigration Act*.

355. (1) A third party that incurs election advertising expenses in an aggregate amount of \$5,000 or more must appoint an auditor without delay.

(2) The following are eligible to be an auditor for a third party:

- (a) a person who is a member in good standing of a corporation, an association or an institute of professional accountants; or
- (b) a partnership every partner of which is a member in good standing of a corporation, an association or an institute of professional accountants.

(3) The following persons are not eligible to be an auditor for a third party:

- (a) the third party's financial agent;
- (b) a person who signed the application made under subsection 353(2);
- (c) an election officer;
- (d) a candidate;
- (e) the official agent of a candidate;
- (f) the chief agent of a registered party or an eligible party; and
- (g) a registered agent of a registered party.

(4) Every third party, without delay after an auditor is appointed, must provide the Chief Electoral Officer with the auditor's name, address, telephone number and occupation and a signed declaration accepting the appointment.

(5) If a third party's auditor is replaced, it must, without delay, provide the Chief Electoral Officer with the new auditor's name, address, telephone number and occupation and a signed declaration accepting the appointment.

(2) Ne sont pas admissibles à la charge d'agent financier d'un tiers :

- a) le candidat ou l'agent officiel d'un candidat;
- b) l'agent principal ou un agent enregistré d'un parti enregistré;
- c) les fonctionnaires électoraux et le personnel du directeur du scrutin;
- d) les personnes qui ne sont ni citoyens canadiens ni résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*.

355. (1) Le tiers qui fait des dépenses de publicité électorale de 5 000 \$ ou plus, au total, doit sans délai nommer un vérificateur.

(2) Seuls peuvent exercer la charge de vérificateur d'un tiers :

- a) les membres en règle d'un ordre professionnel, d'une association ou d'un institut de comptables professionnels;
- b) les sociétés formées de tels membres.

(3) Ne sont pas admissibles à la charge de vérificateur d'un tiers :

- a) l'agent financier du tiers;
- b) la personne qui a signé la demande d'enregistrement prévue au paragraphe 353(2);
- c) les fonctionnaires électoraux;
- d) les candidats;
- e) l'agent officiel d'un candidat;
- f) l'agent principal d'un parti enregistré ou d'un parti admissible;
- g) un agent enregistré d'un parti enregistré.

(4) Sans délai après la nomination, le tiers communique au directeur général des élections les nom, adresse, numéro de téléphone et profession du vérificateur, ainsi qu'une déclaration signée par celui-ci pour accepter sa nomination.

(5) En cas de remplacement du vérificateur, le tiers doit en informer sans délai le directeur général des élections et lui communiquer les nom, adresse, numéro de téléphone et profession du nouveau vérificateur, ainsi qu'une déclaration signée par celui-ci pour accepter sa nomination.

356. The Chief Electoral Officer shall maintain, for the period that he or she considers appropriate, a registry of third parties in which is recorded, in relation to each third party, the information referred to in subsections 353(2) and 355(4) and (5).

357. (1) Every contribution made during an election period to a registered third party for election advertising purposes must be accepted by, and every election advertising expense incurred on behalf of a third party must be authorized by, its financial agent.

(2) A financial agent may authorize a person to accept contributions or incur election advertising expenses, but that authorization does not limit the responsibility of the financial agent.

(3) No third party shall use a contribution for election advertising if the third party does not know the name and address of the contributor or is otherwise unable to determine within which class of contributor referred to in subsection 359(6) they fall.

359. (1) Every third party shall file an election advertising report in the prescribed form with the Chief Electoral Officer within four months after polling day.

(2) An election advertising report shall contain

(a) in the case of a general election,

(i) a list of election advertising expenses referred to in subsection 350(2) and the time and place of the broadcast or publication of the advertisements to which the expenses relate, and

(ii) a list of all election advertising expenses other than those referred to in paragraph (a) and the time and place of broadcast or publication of the advertisements to which the expenses relate; and

(b) in the case of a by-election, a list of election advertising expenses referred to in subsection 350(3) and the time and place of the broadcast or publication of the advertisements to which the expenses relate.

(3) If a third party has not incurred expenses referred to in paragraph (2)(a) or (b), that fact shall be indicated in its election advertising report.

(4) The election advertising report shall include

(a) the amount, by class of contributor, of contributions for election advertising purposes that were received in the period beginning six months before the issue of the writ and ending on polling day;

356. Le directeur général des élections tient, pour la période qu'il estime indiquée, un registre des tiers où sont consignés, pour chaque tiers, les renseignements visés aux paragraphes 353(2) et 355(4) et (5).

357. (1) Les contributions faites au tiers enregistré à des fins de publicité électorale au cours de la période électorale doivent être acceptées par son agent financier et les dépenses de publicité électorale engagées pour son compte doivent être autorisées par celui-ci.

(2) L'agent financier peut déléguer l'acceptation des contributions et l'autorisation des dépenses; la délégation n'a toutefois pas pour effet de limiter sa responsabilité.

(3) Il est interdit au tiers d'utiliser à des fins de publicité électorale des contributions destinées à la publicité électorale provenant de donateurs dont il ne connaît ni le nom ni l'adresse ou pour lesquels il ne peut déterminer la catégorie dans le cadre du paragraphe 359(6).

359. (1) Le tiers est tenu de présenter au directeur général des élections, selon le formulaire prescrit, le rapport de ses dépenses de publicité électorale dans les quatre mois qui suivent le jour du scrutin.

(2) Le rapport doit donner :

a) dans le cas d'une élection générale :

(i) la liste des dépenses de publicité électorale visées au paragraphe 350(2), ainsi que les date et lieu de publication des annonces auxquelles elles se rapportent,

(ii) la liste des autres dépenses de publicité électorale, ainsi que les date et lieu de publication des annonces auxquelles elles se rapportent;

b) dans le cas d'une élection partielle, la liste des dépenses de publicité électorale visées au paragraphe 350(3), ainsi que les date et lieu de publication des annonces auxquelles elles se rapportent.

(3) Dans les cas où aucune dépense de publicité électorale n'a été faite, le rapport doit signaler ce fait.

(4) Le rapport doit aussi mentionner :

a) le montant, par catégorie de donateurs, des contributions destinées à la publicité électorale reçues dans les six mois précédent la délivrance du bref et pendant la période électorale;

(b) for each contributor who made contributions of a total amount of more than \$200 for election advertising purposes during the period referred to in paragraph (a), subject to paragraph (b.1), their name, address and class, and the amount and date of each contribution;

(b.1) in the case of a numbered company that is a contributor referred to in paragraph (b), the name of the chief executive officer or president of that company; and

(c) the amount, other than an amount of a contribution referred to in paragraph (a), that was paid out of the third party's own funds for election advertising expenses.

(5) For the purpose of subsection (4), a contribution includes a loan.

(6) For the purposes of paragraphs (4)(a) and (b), the following are the classes of contributor:

(a) individuals;

(b) businesses;

(c) commercial organizations;

(d) governments;

(e) trade unions;

(f) corporations without share capital other than trade unions; and

(g) unincorporated organizations or associations other than trade unions.

(7) If the third party is unable to identify which contributions were received for election advertising purposes in the period referred to in paragraph (4)(a), it must list, subject to paragraph (4)(b.1), the names and addresses of every contributor who donated a total of more than \$200 to it during that period.

(8) An election advertising report shall include the signed declarations of the financial agent and, if different, of the person who signed the application made under subsection 353(2) that the report is accurate.

(9) A third party shall, at the request of the Chief Electoral Officer, provide the original of any bill, voucher or receipt in relation to an election advertising expense that is in an amount of more than \$50.

360. (1) The election advertising report of a third party that incurs \$5,000 or more in election advertising expenses must include a report made under subsection (2).

b) pour les donateurs dont la contribution destinée à la publicité électorale au cours des six mois précédent la délivrance du bref et pendant la période électorale dépasse, au total, 200 \$, sous réserve de l'alinéa b.1), leurs nom, adresse et catégorie ainsi que le montant de la contribution et la date à laquelle elle a été faite;

b.1) dans le cas où le donateur visé à l'alinéa b) est une société à dénomination numérique, le nom du premier dirigeant ou du président de la société;

c) le montant des dépenses de publicité électorale que le tiers a faites sur ses propres fonds, compte non tenu des contributions visées à l'alinéa a).

(5) Pour l'application du paragraphe (4), un prêt est assimilé à une contribution.

(6) Pour l'application des alinéas (4)a et b), les catégories de donateurs sont les suivantes :

a) particuliers;

b) entreprises;

c) organisations commerciales;

d) gouvernements;

e) syndicats;

f) personnes morales n'ayant pas de capital-actions autres que les syndicats;

g) organismes ou associations non constituées en personne morale.

(7) Si le tiers n'est pas en mesure de déterminer si les contributions qu'il a reçues étaient destinées à la publicité électorale, il doit donner les nom et adresse de tous les donateurs, sous réserve de l'alinéa (4)b.1), ayant versé plus de 200 \$ dans les six mois précédent la délivrance des brefs et pendant la période électorale.

(8) Le rapport doit contenir une attestation de son exactitude signée par l'agent financier ainsi que, s'il ne s'agit pas de la même personne, par la personne qui a signé la demande d'enregistrement.

(9) Sur demande du directeur général des élections, le tiers doit produire les originaux des factures, reçus et justificatifs pour tout montant de dépenses de publicité électorale supérieur à 50 \$.

360. (1) Dans le cas où les dépenses de publicité électorale sont de 5 000 \$ ou plus, le rapport doit en outre être accompagné du rapport du vérificateur.

(2) The third party's auditor shall report on the election advertising report and shall make any examination that will enable the auditor to give an opinion in the report as to whether the election advertising report presents fairly the information contained in the accounting records on which it is based.

(3) An auditor shall include in the report any statement that the auditor considers necessary, when

(a) the election advertising report that is the subject of the auditor's report does not present fairly the information contained in the accounting records on which it is based;

(b) the auditor has not received from the third party all of the required information and explanation; or

(c) based on the auditor's examination, it appears that proper accounting records have not been kept by the third party.

(4) The auditor shall have access at any reasonable time to all of the documents of the third party, and may require the third party to provide any information or explanation, that, in the auditor's opinion, is necessary to enable the auditor to prepare the report.

362. The Chief Electoral Officer shall, in the manner he or she considers appropriate,

(a) publish the names and addresses of registered third parties, as they are registered; and

(b) publish, within one year after the issue of the writ, reports made under subsection 359(1).

IV. Issues

54

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice:

1. Do ss. 323(1) and (3), 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Do ss. 323(1) and (3), 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections*

(2) Le vérificateur du tiers fait rapport de sa vérification du rapport sur les dépenses de publicité électorale. Il fait les vérifications qui lui permettent d'établir si, à son avis, ce rapport présente fidèlement les renseignements contenus dans les écritures comptables sur lesquelles il est fondé.

3) Il joint à son rapport les déclarations qu'il estime nécessaires lorsque, selon le cas :

a) le rapport vérifié ne présente pas fidèlement les renseignements contenus dans les écritures comptables sur lesquelles il est fondé;

b) il n'a pas reçu du tiers tous les renseignements et explications qu'il a exigés;

c) sa vérification révèle que le tiers n'a pas tenu les écritures comptables appropriées.

(4) Il doit avoir accès, à tout moment convenable, aux documents du tiers qui, à son avis, peuvent être nécessaires pour l'établissement de son rapport et il a le droit d'exiger du tiers les renseignements et explications qui peuvent être nécessaires pour l'établissement de son rapport.

362. Le directeur général des élections publie, selon les modalités qu'il estime indiquées :

- a) au fur et à mesure de leur enregistrement, les nom et adresse des tiers enregistrés;
- b) dans l'année qui suit la délivrance des brefs, les rapports produits au titre du paragraphe 359(1).

IV. Questions en litige

La Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. Les paragraphes 323(1) et (3) et les art. 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 et 362 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Les paragraphes 323(1) et (3) et les art. 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 et 362 de la

- Act, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 3 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms?*
4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
 5. Do ss. 351, 356, 357(3), 359 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
 6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Analysis

A. *Third Party Electoral Advertising Regime*

Numerous groups and organizations participate in the electoral process as third parties. They do so to achieve three purposes. First, third parties may seek to influence the outcome of an election by commenting on the merits and faults of a particular candidate or political party. In this respect, the influence of third parties is most pronounced in electoral districts with “marginal seats”, in other words, in electoral districts where the incumbent does not have a significant advantage. Second, third parties may add a fresh perspective or new dimension to the discourse surrounding one or more issues associated with a candidate or political party. While third parties are true electoral participants, their role and the extent of their participation, like candidates and political parties, cannot be unlimited. Third, they may add an issue to the political debate and in some cases force candidates and political parties to address it.

Third party spending limits in Canada have a long and litigious history. Limits on third party spending,

Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'art. 3 de la Charte canadienne des droits et libertés?

4. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
5. Les articles 351, 356, 359 et 362 et le par. 357(3) de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
6. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analyse

A. *Régime applicable à la publicité électorale des tiers*

De nombreux groupes et organisations participent au processus électoral en tant que tiers. Ils agissent à ce titre pour trois raisons. Premièrement, les tiers peuvent tenter d'influencer le résultat du scrutin en commentant les qualités et les défauts d'un candidat ou d'un parti politique. À cet égard, l'influence des tiers est plus grande dans les circonscriptions électorales [TRADUCTION] « où le siège est chaudement contesté », c'est-à-dire celles où le député sortant ne bénéficie pas d'une avance appréciable. Deuxièmement, les tiers peuvent apporter un autre point de vue ou une nouvelle dimension dans le débat sur une ou plusieurs idées associées à un candidat ou à un parti politique. Bien que les tiers soient de véritables participants au processus électoral, leur rôle et l'étendue de leur participation ne sauraient — tout comme dans le cas des candidats et des partis politiques — avoir un caractère illimité. Troisièmement, les tiers peuvent introduire une question dans le débat politique et, dans certains cas, forcer les candidats et les partis politiques à y répondre.

Au Canada, les plafonds de dépenses applicables aux tiers ont une histoire longue et houleuse.

together with limits on candidate and political party spending, were introduced in 1974 in the *Canada Elections Act*, pursuant to the recommendations of the Barbeau Committee (*Report of the Committee on Election Expenses* (1966)). Parliament prohibited all independent election spending that directly promoted or opposed a particular candidate or political party (Lortie Report, *supra*, at pp. 327-28). The constitutionality of this prohibition was successfully challenged in *National Citizens' Coalition Inc. v. Attorney General of Canada* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 249 (Q.B.). Although the decision was binding only in Alberta, Elections Canada decided not to enforce the prohibition elsewhere in the country (Lortie Report, p. 332). Following the 1988 federal election, Parliament commissioned another Royal Commission, the Lortie Commission, and ultimately re-enacted third party spending limits; see ss. 259.1(1) and 259.2(2) of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1985, c. E-2. The Alberta Court of Appeal declared these federal limits unconstitutional in *Somerville v. Canada (Attorney General)* (1996), 184 A.R. 241.

57

Parliament enacted new third party spending limits as part of a larger third party electoral advertising regime in the 2000 *Canada Elections Act*. Part 17 of the Act, ss. 349 to 362, creates a scheme that limits the advertising expenses of individuals and groups who are not candidates or political parties. The scheme also requires such expenses to be reported to the Chief Electoral Officer. The regime can be broadly divided into four parts. First, s. 350 limits election advertising expenses to \$3,000 in a given electoral district and \$150,000 nationally. “[E]lection advertising” is defined in s. 319 of the Act as follows:

“election advertising” means the transmission to the public by any means during an election period of an advertising message that promotes or opposes a registered party or the election of a candidate, including one that takes a position on an issue with

C'est en 1974, dans des modifications apportées à la *Loi électorale du Canada*, qu'ont été imposées pour la première fois des limites aux dépenses des tiers et à celles des candidats et des partis politiques, conformément aux recommandations du Comité Barbeau (*Rapport du Comité des dépenses électorales* (1966)). Le Parlement a interdit toute dépense électorale indépendante favorisant ou contrecarrant directement un candidat ou un parti (*Rapport Lortie*, *op. cit.*, p. 339-340). La constitutionnalité de cette interdiction a été attaquée avec succès dans *National Citizens' Coalition Inc. c. Attorney General of Canada* (1984), 32 Alta. L.R. (2d) 249 (B.R.). Bien que cette décision ne fût contraignante qu'en Alberta, Élections Canada a décidé de ne pas faire respecter l'interdiction ailleurs au pays (*Rapport Lortie*, p. 344). À la suite de l'élection fédérale de 1988, le Parlement a créé une autre commission royale, la Commission Lortie, et il a en définitive ré-édicte les dispositions relatives au plafonnement des dépenses des tiers : par. 259.1(1) et 259.2(2) de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. 1985, ch. E-2. La Cour d'appel de l'Alberta a déclaré ces limites fédérales constitutionnelles dans *Somerville c. Canada (Attorney General)* (1996), 184 A.R. 241.

Dans le cadre d'un régime plus large applicable à la publicité électorale faite par les tiers, le Parlement a introduit de nouvelles restrictions dans la *Loi électorale du Canada* de 2000. Les articles 349 à 362 de la partie 17 de la Loi créent un régime limitant les dépenses de publicité engagées par les individus ou groupes qui ne sont ni des candidats ni des partis. Suivant ce régime, ces dépenses doivent en outre être déclarées dans un rapport présenté au directeur général des élections. Le régime peut être divisé en quatre grandes parties. Premièrement, l'art. 350 limite à 3 000 \$ et 150 000 \$ les dépenses de publicité électorale susceptibles d'être engagées, respectivement, dans une circonscription donnée et à l'échelle nationale. L'article 319 de la Loi définit ainsi « publicité électorale » :

« publicité électorale » Diffusion, sur un support quelconque au cours de la période électorale, d'un message publicitaire favorisant ou contrecarrant un parti enregistré ou l'élection d'un candidat, notamment par une prise de position sur une question à laquelle

which a registered party or candidate is associated. For greater certainty, it does not include

- (a) the transmission to the public of an editorial, a debate, a speech, an interview, a column, a letter, a commentary or news;
- (b) the distribution of a book, or the promotion of the sale of a book, for no less than its commercial value, if the book was planned to be made available to the public regardless of whether there was to be an election;
- (c) the transmission of a document directly by a person or a group to their members, employees or shareholders, as the case may be; or
- (d) the transmission by an individual, on a non-commercial basis on what is commonly known as the Internet, of his or her personal political views.

Thus, the limits do not apply to third party advertising prior to the election period or to advertising which promotes an issue that is not associated with a candidate or political party. The second part of the regime is closely related to s. 350 as it prohibits individuals or groups from splitting or colluding for the purposes of circumventing the election advertising limits. Third, the attribution, registration and disclosure provisions (ss. 352 to 357, 359, 360 and 362) require a third party to identify itself in all of its election advertising and, under certain circumstances, to appoint financial agents and auditors who are required to record expenses, to register with, and to report to the Chief Electoral Officer who, in turn, makes this information available to the public. Finally, although s. 323 is not strictly part of the third party electoral advertising regime, third parties are also subject to the advertising blackout on polling day.

Therefore, while the regime is internally coherent, it is evident that its constituent parts stand on their own. Indeed, in the absence of advertising expense limits, the attribution, registration and disclosure provisions become increasingly important by shedding light on who is involved in election advertising.

est associé un parti enregistré ou un candidat. Il est entendu que ne sont pas considérés comme de la publicité électorale :

- a) la diffusion d'éditoriaux, de débats, de discours, de nouvelles, d'entrevues, de chroniques, de commentaires ou de lettres;
- b) la promotion ou la distribution, pour une valeur non inférieure à sa valeur commerciale, d'un ouvrage dont la mise en vente avait été planifiée sans égard à la tenue de l'élection;
- c) l'envoi d'un document par une personne ou un groupe directement à ses membres, ses actionnaires ou ses employés;
- d) la diffusion par un individu, sur une base non commerciale, de ses opinions politiques sur le réseau communément appelé Internet.

Les plafonds ne s'appliquent donc pas à la publicité faite par les tiers avant la période électorale, ni à celle mettant en avant une question qui n'est pas associée à un candidat ou à un parti politique. La deuxième partie du régime est étroitement liée à l'art. 350 en ce qu'elle interdit aux individus ou aux groupes de se diviser ou d'agir de concert pour esquiver les plafonds applicables à la publicité électorale. Troisièmement, les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation (art. 352-357, 359-360 et 362) obligent les tiers à mentionner leur nom dans toute publicité électorale émanant d'eux et, dans certaines circonstances, à nommer un agent financier et un vérificateur, lesquels doivent tenir un registre des dépenses, s'enregistrer et faire rapport auprès du directeur général des élections qui, à son tour, met ces renseignements à la disposition du public. Enfin, bien que l'art. 323 ne fasse pas strictement partie du régime applicable à la publicité électorale faite par les tiers, ces derniers sont également visés par l'interdiction frappant la publicité le jour du scrutin.

En conséquence, malgré la cohérence interne du régime, il est évident que ses diverses composantes existent de façon autonome. De fait, en l'absence de limitation des dépenses publicitaires, les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation prennent une importance plus grande

Accordingly, the constitutionality of each set of provisions must be considered separately. The Court of Appeal erred in considering them globally.

59 This case represents the first opportunity for this Court to determine the constitutionality of the third party election advertising regime established by Parliament. This Court has however previously considered the constitutionality of limits on independent spending in the regulation of referendums in *Libman, supra*.

B. *Libman v. Quebec (Attorney General)*

60 In *Libman*, the Court was asked to determine the constitutionality of the independent spending limits set out in Quebec's referenda legislation, the *Referendum Act*, R.S.Q., c. C-64.1. The impugned provisions of the *Referendum Act* circumscribed groups' or individuals' participation in a referendum campaign by requiring that they join the national committee supporting their position or by affiliating themselves with it. Only the national committees and the affiliated groups were permitted to incur "regulated expenses", which were effectively advertising expenses. Mr. Libman did not wish to endorse either position advocated by the national committee. Rather than supporting the "yes" or "no" position, Mr. Libman advocated in favour of abstaining from the vote. Mr. Libman argued that the impugned provisions infringed his rights to freedom of political expression and freedom of association because they restricted campaign expenditures conducted independently of the national committees.

61 The Court agreed that the limits on independent spending set out in the *Referendum Act* were not justified. The Court did, however, endorse spending limits as an essential means of promoting fairness in referenda and elections which the Court held were parallel processes: *Libman*, at para. 46. The Court, relying on the Lortie Report, endorsed several principles applicable to the regulation of election spending generally and of independent or third

du fait qu'elles renseignent sur ceux qui participent à la publicité électorale. Par conséquent, la constitutionnalité de chaque groupe de dispositions doit être examinée séparément. La Cour d'appel a eu tort de les considérer globalement.

Dans le présent pourvoi, notre Cour a pour la première fois l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité du régime établi par le Parlement en matière de publicité électorale des tiers. Elle a cependant déjà examiné, dans l'arrêt *Libman*, précité, la constitutionnalité de la limitation des dépenses des indépendants dans le cadre de la réglementation des consultations populaires.

B. *Libman c. Québec (Procureur général)*

Dans *Libman*, la Cour a été appelée à se prononcer sur la constitutionnalité du plafonnement des dépenses des indépendants prévu par la loi référendaire québécoise, *Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., ch. C-64.1. Les dispositions contestées de la *Loi sur la consultation populaire* encadraient la participation à une campagne référendaire des groupes et des individus en les obligeant à s'inscrire ou à s'affilier au comité national soutenant la même option qu'eux. Seuls les comités nationaux et les groupes affiliés pouvaient engager des « dépenses réglementées », qui étaient en fait des dépenses publicitaires. Monsieur Libman ne souhaitait pas souscrire à la position défendue par l'un ou l'autre des comités nationaux. Plutôt que d'appuyer le « oui » ou « non », M. Libman voulait s'abstenir de voter. Il soutenait que les dispositions contestées portaient atteinte à son droit à la liberté d'expression politique et à la liberté d'association, du fait qu'elles limitaient les dépenses engagées pour des campagnes menées indépendamment des comités nationaux.

La Cour a admis que la limitation des dépenses des indépendants prévue par la *Loi sur la consultation populaire* n'était pas justifiée. Elle a cependant reconnu que la restriction des dépenses était un moyen essentiel de favoriser l'équité à l'occasion des référendums et des élections, consultations que la Cour a estimé être des processus analogues : *Libman*, par. 46. Se fondant sur le Rapport Lortie, la Cour a fait siens plusieurs principes applicables à la

party spending specifically. They include (at paras. 47-50):

[1] If the principle of fairness in the political sphere is to be preserved, it cannot be presumed that all persons have the same financial resources to communicate with the electorate. . . . To ensure a right of equal participation in democratic government, laws limiting spending are needed to preserve the equality of democratic rights and ensure that one person's exercise of the freedom to spend does not hinder the communication opportunities of others. Owing to the competitive nature of elections, such spending limits are necessary to prevent the most affluent from monopolizing election discourse and consequently depriving their opponents of a reasonable opportunity to speak and be heard [equal dissemination of points of view].

[2] Spending limits are also necessary to guarantee the right of electors to be adequately informed of all the political positions advanced by the candidates and by the various political parties [free and informed vote]. . . .

[3] For spending limits to be fully effective, they must apply to all possible election expenses, including those of independent individuals and groups [application to all-effectiveness of spending limits generally]. . . .

[4] The actions of independent individuals and groups can [either] directly or indirectly support one of the parties or candidates, thereby resulting in an imbalance in the financial resources each candidate or political party is permitted. . . . “At elections, the advocacy of issue positions inevitably has consequences for election discourse and thus has partisan implications, either direct or indirect: voters cast their ballots for candidates and not for issues” [issue advocacy vs partisan advocacy]. . . .

[5] It is also important to limit independent spending more strictly than spending by candidates or political parties. . . . [O]wing to their numbers, the impact of such spending on one of the candidates or political parties to the detriment of the others could be disproportionate [application to all-effectiveness of spending limits generally]. [Emphasis added.]

réglementation des dépenses électorales en général et des dépenses des indépendants ou tiers en particulier. Parmi ces principes, citons les suivants (par. 47-50) :

[1] À cet égard, si l'on veut préserver le principe d'équité dans le domaine politique, on ne peut présumer que tous et toutes disposent des mêmes moyens financiers pour communiquer avec l'électoralat. [. . .] Afin d'assurer un droit de participation égale dans le gouvernement démocratique, des lois prévoyant des limitations au niveau des dépenses sont nécessaires pour préserver l'égalité des droits démocratiques, et veiller à ce que l'exercice de la liberté de dépenser des uns n'entrave pas les possibilités de communication des autres. En raison de la nature compétitive des élections, cette limitation des dépenses est nécessaire pour empêcher que les plus nantis ne s'approprient le discours électoral et privent ainsi leurs adversaires de la possibilité raisonnable de s'exprimer et d'être entendus [diffusion égale des points de vue].

[2] Cette limitation des dépenses est également nécessaire pour garantir le droit des électeurs et des électrices d'être adéquatement informés de toutes les positions politiques proposées par les candidats ou candidates et par les différents partis politiques [vote libre et éclairé]. . . .

[3] Afin que le régime de plafonnement des dépenses soit pleinement efficace, les limitations doivent s'appliquer à toutes les dépenses électorales possibles, y compris les dépenses des indépendants [application à tous — efficacité du plafonnement des dépenses en général]. . . .

[4] En effet, les actions des individus et des groupes indépendants peuvent soutenir directement ou indirectement un des partis ou un des candidats ou candidates et ainsi entraîner un déséquilibre dans les ressources financières permises à chacun des candidats ou candidates ou partis politiques. [. . .] « Au cours d'une campagne électorale, la mise en valeur d'un point de vue dans un dossier donné se répercute inévitablement sur le discours électoral et présente donc des implications partisanes, soit directement soit indirectement; les électeurs votent pour des candidats et candidates, et non pour des enjeux » [prise de position sur des enjeux particuliers vs discours partisan]. . . .

[5] Il est également important de limiter plus strictement les dépenses des indépendants que celles des candidats, candidates ou partis politiques. [. . .] Autrement, en raison de leur nombre, l'influence de leurs dépenses sur un des candidats, candidates ou partis politiques au détriment des autres pourrait être démesurée [application à tous — efficacité du plafonnement des dépenses en général]. [Je souligne.]

62

The Court's conception of electoral fairness as reflected in the foregoing principles is consistent with the egalitarian model of elections adopted by Parliament as an essential component of our democratic society. This model is premised on the notion that individuals should have an equal opportunity to participate in the electoral process. Under this model, wealth is the main obstacle to equal participation; see C. Feasby, "Libman v. Quebec (A.G.) and the Administration of the Process of Democracy under the *Charter*: The Emerging Egalitarian Model" (1999), 44 *McGill L.J.* 5. Thus, the egalitarian model promotes an electoral process that requires the wealthy to be prevented from controlling the electoral process to the detriment of others with less economic power. The state can equalize participation in the electoral process in two ways; see O. M. Fiss, *The Irony of Free Speech* (1996), at p. 4. First, the State can provide a voice to those who might otherwise not be heard. The Act does so by reimbursing candidates and political parties and by providing broadcast time to political parties. Second, the State can restrict the voices which dominate the political discourse so that others may be heard as well. In Canada, electoral regulation has focussed on the latter by regulating electoral spending through comprehensive election finance provisions. These provisions seek to create a level playing field for those who wish to engage in the electoral discourse. This, in turn, enables voters to be better informed; no one voice is overwhelmed by another. In contrast, the libertarian model of elections favours an electoral process subject to as few restrictions as possible.

63

The current third party election advertising regime is Parliament's response to this Court's decision in *Libman*. The regime is clearly structured on the egalitarian model of elections. The overarching objective of the regime is to promote electoral fairness by creating equality in the political discourse. The regime promotes the equal dissemination of points of view by limiting the election advertising of

Comme en témoignent ces principes, la conception qu'a la Cour de l'équité électorale est compatible avec le modèle électoral égalitaire adopté par le Parlement comme composante essentielle de notre société démocratique. Ce modèle repose sur l'idée que chacun doit avoir une chance égale de participer au processus électoral. Suivant ce modèle, la richesse constitue le principal obstacle à l'égalité de participation : C. Feasby, « *Libman v. Quebec (A.G.) and the Administration of the Process of Democracy under the Charter : The Emerging Egalitarian Model* » (1999), 44 *R.D. McGill* 5. En conséquence, le modèle égalitaire préconise un processus électoral où il faut empêcher les nantis de dominer le processus au détriment des personnes possédant des ressources financières moins grandes. Il existe deux façons pour l'État d'instaurer l'égalité de participation dans le processus électoral : O. M. Fiss, *The Irony of Free Speech* (1996), p. 4. Premièrement, l'État peut donner une voix à ceux qui ne pourraient autrement se faire entendre. C'est ce que fait la Loi en prévoyant le remboursement des dépenses des candidats et des partis politiques et en attribuant du temps d'antenne aux partis politiques. Deuxièmement, l'État peut atténuer les voix qui dominent le discours politique pour que d'autres voix puissent elles aussi se faire entendre. Au Canada, le législateur a choisi de régir le processus électoral principalement au moyen de la deuxième solution, soit en réglementant les dépenses électorales par des dispositions exhaustives sur le financement des élections. Ces dispositions visent à permettre à ceux qui souhaitent participer au débat électoral de le faire à armes égales. Leur participation permet aux électeurs d'être mieux informés; aucune voix n'est étouffée par une autre. À l'opposé, le modèle électoral libertaire préconise un processus électoral comportant le plus petit nombre possible de restrictions.

L'actuel régime de publicité électorale des tiers a été instauré par le Parlement à la suite de l'arrêt *Libman* de notre Cour. La structure du régime s'inspire clairement du modèle égalitaire. L'objectif primordial du régime consiste à favoriser l'équité électorale en créant une situation d'égalité dans le débat politique. Il appuie la diffusion égale des points de vue en limitant la publicité électorale des tiers qui,

third parties who, as this Court has recognized, are important and influential participants in the electoral process. The advancement of equality and fairness in elections ultimately encourages public confidence in the electoral system. Thus, broadly speaking, the third party election advertising regime is consistent with an egalitarian conception of elections and the principles endorsed by this Court in *Libman*.

In determining the constitutionality of the third party advertising regime, the lower courts failed to follow this Court's guidance in *Libman*. First, they did not give any deference to Parliament's choice of electoral model. Second, they discarded the findings of the Lortie Commission on the basis of the Johnston Report. Discarding the Lortie Commission's findings led the lower courts to the conclusion that there was no evidence that the objectives of the impugned measures were pressing and substantial. Respectfully, the lower courts erred in doing so. I will deal with the question of the nature and sufficiency of the evidence justifying the third party advertising regime as well as the deference owed to Parliament in adopting a scheme to govern the electoral process in the s. 1 analysis below.

I consider first the constitutionality of each discrete set of provisions regulating third party advertising.

C. *Election Advertising Expense Limits*

(1) Freedom of Expression

The appellant rightly concedes that the limits on election advertising expenses infringe s. 2(b) of the *Charter*. Most third party election advertising constitutes political expression and therefore lies at the core of the guarantee of free expression. As discussed below, in some circumstances, third party election advertising may be less deserving of constitutional protection where it seeks to manipulate voters.

comme l'a reconnu notre Cour, sont des participants importants et influents dans le processus électoral. En définitive, l'avancement de l'égalité et de l'équité en matière électorale stimule la confiance du public dans le système électoral. Ainsi, de façon générale, le régime de publicité électorale applicable aux tiers est conforme à la conception égalitaire des élections et aux principes avalisés par notre Cour dans *Libman*.

Lorsqu'elles ont statué sur la constitutionnalité du régime de publicité applicable aux tiers, les juridictions inférieures ont omis de suivre les directives énoncées par notre Cour dans *Libman*. Premièrement, elles n'ont témoigné aucune déférence envers le modèle électoral choisi par le Parlement. Deuxièmement, elles ont écarté, sur le fondement du Rapport Johnston, les conclusions tirées par la Commission Lortie. Ce faisant, elles ont été amenées à conclure que rien n'attestait le caractère urgent et réel des objectifs visés par les mesures contestées. En toute déférence, j'estime que les juridictions inférieures ont fait erreur en agissant ainsi. Je traiterai plus loin, dans l'analyse fondée sur l'article premier, de la nature et du caractère suffisant de la preuve justifiant la mise en place du régime de publicité des tiers, ainsi que de la déférence due au Parlement dans l'adoption du cadre régissant le processus électoral.

Je vais tout d'abord examiner la constitutionnalité de chaque groupe de dispositions réglementant la publicité faite par les tiers.

C. *Le plafonnement des dépenses de publicité électorale*

(1) La liberté d'expression

L'appelant concède à juste titre que le plafonnement des dépenses de publicité électorale contrevient à l'al. 2b) de la *Charte*. Dans la plupart des cas, la publicité électorale des tiers constitue une forme d'expression politique et représente, de ce fait, un aspect fondamental de la garantie de liberté d'expression. Comme nous le verrons, cette publicité peut dans certaines circonstances avoir droit à une protection moins grande lorsqu'elle vise à manipuler l'électeurat.

(2) The Right to Vote

67

The respondent also alleges that s. 350 infringes the right to vote protected by s. 3 of the *Charter* on the basis that it guarantees a right to unimpeded and unlimited electoral debate or expression. The respondent effectively equates the right to meaningful participation with the exercise of freedom of expression. Respectfully, this cannot be. The right to free expression and the right to vote are distinct rights; see *Thomson Newspapers, supra*, at para. 80. The more appropriate question is: how are these rights and their underlying values and purposes properly reconciled?

68

The purpose of s. 3 was first considered in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158. McLachlin J. (as she then was), in concluding that s. 3 does not require absolute equality of voting power, held that the purpose of s. 3 is effective representation. She explained, at p. 183:

It is my conclusion that the purpose of the right to vote enshrined in s. 3 of the *Charter* is not equality of voting power *per se*, but the right to “effective representation”. Ours is a representative democracy. Each citizen is entitled to be represented in government. Representation comprehends the idea of having a voice in the deliberations of government as well as the idea of the right to bring one’s grievances and concerns to the attention of one’s government representative [Emphasis in original.]

The Court has confirmed that effective representation is the purpose of s. 3 on several occasions; see *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Thomson Newspapers, supra*; and *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, 2003 SCC 37.

69

The right to effective representation is, however, more than just a right to be effectively represented in Parliament. As L’Heureux-Dubé J. concluded in *Haig, supra*, at p. 1031, the right to vote also includes the “right to play a meaningful role in the

(2) Le droit de vote

Par ailleurs, l’intimé prétend que l’art. 350 porte atteinte au droit de vote protégé par l’art. 3 de la *Charte*, au motif que cette disposition garantirait à chacun, dans le cadre des élections, le droit de débattre ou de s’exprimer sans entrave ni limite. Dans les faits, l’intimé assimile l’exercice de la liberté d’expression au droit de participer utilement au processus électoral. En toute déférence, cette thèse ne saurait être retenue. Le droit à la liberté d’expression et le droit de vote sont des droits distincts; voir *Thomson Newspapers*, précité, par. 80. La question consiste davantage à se demander comment concilier adéquatement ces droits ainsi que les valeurs et les objectifs qui les sous-tendent.

L’objet de l’art. 3 a été examiné pour la première fois dans l’arrêt *Renvoi : Circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158. Estimant que l’art. 3 n’exigeait pas l’égalité absolue du pouvoir électoral, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a conclu que l’objet de cette disposition était d’assurer la représentation effective. Elle a donné les explications suivantes, à la p. 183 :

Je conclus que l’objet du droit de vote garanti à l’art. 3 de la *Charte* n’est pas l’égalité du pouvoir électoral en soi mais le droit à une « représentation effective ». Notre démocratie est une démocratie représentative. Chaque citoyen a le droit d’être représenté au sein du gouvernement. La représentation suppose la possibilité pour les électeurs d’avoir voix aux délibérations du gouvernement aussi bien que leur droit d’attirer l’attention de leur député sur leurs griefs et leurs préoccupations [Souligné dans l’original.]

La Cour a, à plusieurs reprises, confirmé que l’art. 3 avait pour objet la représentation effective : *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Thomson Newspapers*, précité, et *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, 2003 CSC 37.

Toutefois, le droit à une représentation effective ne se limite pas simplement au droit d’être représenté effectivement au Parlement. Comme l’a affirmé la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Haig*, précité, p. 1031, le droit de vote comprend

selection of elected representatives who, in turn, will be responsible for making decisions embodied in legislation for which they will be accountable to their electorate" (emphasis added). The Court expounded on this broader conception of the purpose of s. 3 in *Figueroa*.

The right to play a meaningful role in the electoral process under s. 3 of the *Charter* implicates a right of meaningful participation in that process. Meaningful participation is not limited to the selection of elected representatives. As Iacobucci J. explained in *Figueroa*, at para. 29:

It thus follows that participation in the electoral process has an intrinsic value independent of its impact upon the actual outcome of elections. To be certain, the electoral process is the means by which elected representatives are selected and governments formed, but it is also the primary means by which the average citizen participates in the open debate that animates the determination of social policy. The right to run for office provides each citizen with the opportunity to present certain ideas and opinions to the electorate as a viable policy option; the right to vote provides each citizen with the opportunity to express support for the ideas and opinions that a particular candidate endorses. In each instance, the democratic rights entrenched in s. 3 ensure that each citizen has an opportunity to express an opinion about the formation of social policy and the functioning of public institutions through participation in the electoral process. [Emphasis added.]

Greater participation in the political discourse leads to a wider expression of beliefs and opinions and results in an enriched political debate, thereby enhancing the quality of Canada's democracy.

This case engages the informational component of an individual's right to meaningfully participate in the electoral process. The right to meaningful participation includes a citizen's right to exercise his or her vote in an informed manner. For a voter to be well informed, the citizen must be able to weigh the relative strengths and weaknesses of each candidate and political party. The citizen must also be able to consider opposing aspects of issues associated with certain candidates and political parties where they exist. In short, the voter has a right to be

également le « droit de jouer un rôle important dans l'élection de députés qui, eux, sont chargés de prendre des décisions qui seront consacrées dans des lois dont ils auront à rendre compte auprès de leurs électeurs » (je souligne). La Cour a précisé cette conception élargie de l'objet de l'art. 3 dans *Figueroa*.

Le droit que reconnaît l'art. 3 de la *Charte* de jouer un rôle important dans le processus électoral suppose celui d'y participer utilement. Participer utilement ne se limite pas à élire des députés. Comme l'a expliqué le juge Iacobucci, au par. 29 de l'arrêt *Figueroa* :

Il s'ensuit donc que la participation au processus électoral possède une valeur intrinsèque indépendamment de son effet sur le résultat concret des élections. Certes, il est vrai que le processus électoral est le moyen utilisé pour élire les députés et former les gouvernements, mais il constitue également le principal moyen permettant au citoyen ordinaire de participer au débat public qui précède l'établissement de la politique sociale. Le droit de briguer les suffrages des électeurs offre à tout citoyen la possibilité de présenter certaines idées et opinions et d'offrir à l'électeur une option politique viable. Le droit de vote permet à tout citoyen de manifester son appui à l'égard des idées et opinions auxquelles souscrit un candidat donné. Dans chacun des cas, les droits démocratiques consacrés à l'art. 3 font en sorte que tout citoyen a la possibilité d'exprimer une opinion sur l'élaboration de la politique sociale et le fonctionnement des institutions publiques en participant au processus électoral. [Je souligne.]

Une participation plus diversifiée au débat politique amène l'expression d'un plus large éventail de croyances et d'opinions et enrichit le débat politique, rehaussant par le fait même la qualité de la démocratie au Canada.

Le présent pourvoi met en cause l'aspect informationnel du droit de chacun de participer utilement au processus électoral. Ce droit comporte pour le citoyen celui de voter de manière éclairée. Pour ce faire, le citoyen doit être à même de soulever les forces et les faiblesses relatives de chaque candidat et de chaque parti politique. Il doit également être en mesure de considérer, le cas échéant, les aspects adverses des thèmes associés à certains candidats et à certains partis politiques. Bref, les électeurs ont le droit d'être « raisonnablement

“reasonably informed of all the possible choices”: *Libman*, at para. 47.

72

The question, then, is what promotes an informed voter? For voters to be able to hear all points of view, the information disseminated by third parties, candidates and political parties cannot be unlimited. In the absence of spending limits, it is possible for the affluent or a number of persons or groups pooling their resources and acting in concert to dominate the political discourse. The respondent’s factum illustrates that political advertising is a costly endeavour. If a few groups are able to flood the electoral discourse with their message, it is possible, indeed likely, that the voices of some will be drowned out; see *Libman*, *supra*; *Figueroa*, *supra*, at para. 49. Where those having access to the most resources monopolize the election discourse, their opponents will be deprived of a reasonable opportunity to speak and be heard. This unequal dissemination of points of view undermines the voter’s ability to be adequately informed of all views. In this way, equality in the political discourse is necessary for meaningful participation in the electoral process and ultimately enhances the right to vote. Therefore, contrary to the respondent’s submission, s. 3 does not guarantee a right to unlimited information or to unlimited participation.

informés de tous les choix possibles » : *Libman*, par. 47.

La question consiste donc à se demander qu’est-ce qui contribue à éclairer l’électeur. Pour que les électeurs puissent entendre tous les points de vue, il ne faut pas que les tiers, les candidats et les partis politiques soient autorisés à diffuser une quantité illimitée d’information. En l’absence de plafonnement des dépenses, il est possible aux mieux nantis ou à un certain nombre de personnes ou de groupes mettant leurs ressources en commun et agissant de concert de dominer le débat politique. Le mémoire de l’intimé illustre à quel point la publicité politique est une entreprise onéreuse. S’il est permis à certains groupes de saturer le discours électoral de leur message, il est possible, d’ailleurs même probable, que certaines voix soient étouffées : *Libman*, précité; *Figueroa*, précité, par. 49. Si ceux qui disposent des ressources les plus imposantes monopolisent le débat électoral, leurs adversaires seront privés de la possibilité raisonnable de s’exprimer et d’être entendus. Cette diffusion inégale des points de vues compromet la capacité de l’électeur d’être informé adéquatement de tous les points de vue. En ce sens, l’égalité dans le discours politique s’impose pour assurer une participation utile au processus électoral et, en définitive, pour renforcer la valeur du droit de vote. Par conséquent, contrairement à ce que prétend l’intimé, l’art. 3 ne garantit pas le droit à une information illimitée ou à une participation illimitée.

73

Spending limits, however, must be carefully tailored to ensure that candidates, political parties and third parties are able to convey their information to voters. Spending limits which are overly restrictive may undermine the informational component of the right to vote. To constitute an infringement of the right to vote, these spending limits would have to restrict information in such a way as to undermine the right of citizens to meaningfully participate in the political process and to be effectively represented.

74

The question, then, is whether the spending limits set out in s. 350 interfere with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral

Le plafonnement des dépenses doit cependant être soigneusement adapté, de façon que les candidats, les partis politiques et les tiers puissent communiquer leur message à l’électorat. L’application de limites trop restrictives risque d’affaiblir l’aspect informationnel du droit de vote. Pour qu’il y ait atteinte au droit de vote, il faudrait que les plafonds de dépenses restreignent l’information au point de compromettre le droit des citoyens de participer utilement au processus politique et d’être représentés de façon effective.

En conséquence, il s’agit de décider si les plafonds de dépenses prescrits par l’art. 350 vont contrecarrer le droit du citoyen de jouer un rôle important dans

process. In my view, they do not. The trial judge found that the advertising expense limits allow third parties to engage in “modest, national, informational campaigns” as well as “reasonable electoral district informational campaigns” but would prevent third parties from engaging in an “effective persuasive campaign” (para. 78). He did not give sufficient attention to the potential number of third parties or their ability to act in concert. Meaningful participation in elections is not synonymous with the ability to mount a media campaign capable of determining the outcome. In fact, such an understanding of “meaningful participation” would leave little room in the political discourse for the individual citizen and would be inimical to the right to vote. Accordingly, there is no infringement of s. 3 in this case and no conflict between the right to vote and freedom of expression.

(3) The Section 1 Justification Applicable to the Infringement of Freedom of Expression

The central issue at this stage of the analysis is the nature and sufficiency of the evidence required for the Attorney General to demonstrate that the limits imposed on freedom of expression are reasonable and justifiable in a free and democratic society. The Attorney General of Canada alleges that the lower courts erred in requiring scientific proof that harm had actually occurred and, specifically, by requiring conclusive proof that third party advertising influences voters and election outcomes, rendering them unfair.

This is not the first time the Court has addressed the standard of proof the Crown must satisfy in demonstrating possible harm. Nor is it the first time that the Court has been faced with conflicting social science evidence regarding the problem that Parliament seeks to address. Indeed, in *Thomson Newspapers, supra*, this Court addressed the nature and sufficiency of evidence required when Parliament adopts a regulatory regime to govern the electoral process. The context of the impugned provision determines the type of proof that a court will require of the legislature to justify its measures under s. 1; see *Thomson Newspapers*, at para. 88. As this pivotal

le processus électoral. J'estime que non. Le juge de première instance a conclu que le plafonnement des dépenses de publicité permettait aux tiers de mener des [TRADUCTION] « campagnes d'information modestes à l'échelle nationale » et des « campagnes d'information raisonnables à l'échelle de la circonscription », mais non une « campagne efficace et convaincante » (par. 78). Le juge n'a pas accordé suffisamment d'importance au nombre potentiel de tiers ou à leur capacité d'agir de concert. La participation utile aux élections n'est pas synonyme de capacité de mener une campagne médiatique susceptible de déterminer l'issue d'un scrutin. En réalité, une telle conception de la « participation utile » ne laisserait au citoyen que peu de latitude dans le débat politique et serait préjudiciable au droit de vote. Il n'y a donc en l'espèce ni atteinte à l'art. 3 ni conflit entre le droit de vote et la liberté d'expression.

(3) La justification de l'atteinte à la liberté d'expression en vertu de l'article premier

La question centrale à cette étape de l'analyse concerne la nature et le caractère suffisant de la preuve que doit présenter le procureur général pour établir que les limites à la liberté d'expression sont raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le procureur général du Canada affirme que les juridictions inférieures ont fait erreur en exigeant une preuve scientifique de l'existence d'un préjudice concret et, en particulier, une preuve concluante que la publicité faite par les tiers influence les électeurs et l'issue des scrutins, rendant ceux-ci inéquitables.

Ce n'est pas la première fois que la Cour se penche sur la norme de preuve à laquelle doit satisfaire l'État pour démontrer l'existence d'un préjudice potentiel. Ce n'est pas non plus la première fois que la Cour a devant elle des preuves contradictoires relevant des sciences sociales sur le problème que le Parlement cherche à corriger. De fait, dans *Thomson Newspapers*, précité, notre Cour s'est interrogée sur la nature et le caractère suffisant de la preuve requise lorsque le Parlement adopte un régime de réglementation du processus électoral. Le contexte dans lequel s'inscrit la disposition contestée détermine le type de preuve que le tribunal requerra du législateur

issue affects the entire s. 1 analysis, it is helpful to consider the contextual factors at the outset.

77 (a) *Contextual Factors*

(i) The Nature of the Harm and the Inability to Measure It

The legislature is not required to provide scientific proof based on concrete evidence of the problem it seeks to address in every case. Where the court is faced with inconclusive or competing social science evidence relating the harm to the legislature's measures, the court may rely on a reasoned apprehension of that harm.

78

This Court has, in the absence of determinative scientific evidence, relied on logic, reason and some social science evidence in the course of the justification analysis in several cases; see *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 503; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 768 and 776; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 137; *Thomson Newspapers*, *supra*, at paras. 104-7; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2. In *RJR-MacDonald*, the Court held, in the absence of direct scientific evidence showing a causal link between advertising bans and a decrease in tobacco consumption/use, that as a matter of logic advertising bans and package warnings lead to a reduction in tobacco use; see paras. 155-58. McLachlin J. held, at para. 137, that:

Discharge of the civil standard does not require scientific demonstration; the balance of probabilities may be established by the application of common sense to what is known, even though what is known may be deficient from a scientific point of view.

pour justifier ses mesures au regard de l'article premier; voir *Thomson Newspapers*, par. 88. Comme cette question fondamentale a une incidence sur l'ensemble de l'analyse fondée sur l'article premier, il est utile d'examiner d'abord les facteurs contextuels.

a) *Les facteurs contextuels*

(i) La nature du préjudice et l'incapacité d'en mesurer l'ampleur

Le législateur n'est pas systématiquement tenu de fournir, à l'égard du problème auquel il cherche à remédier, une preuve scientifique reposant sur des éléments concrets. Les tribunaux peuvent se fonder sur une crainte raisonnée du préjudice lorsqu'ils sont en présence de preuves relevant des sciences sociales qui sont contradictoires ou non concluantes quant au lien entre le préjudice et les mesures prises.

En l'absence de preuves scientifiques déterminantes, notre Cour a maintes fois fait appel à la logique, à la raison et à certaines preuves relevant des sciences sociales dans le cours de l'analyse de la justification; voir *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 503; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 768 et 776; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 137; *Thomson Newspapers*, précité, par. 104-107; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, malgré l'absence de preuve scientifique directe de l'existence d'un lien de causalité entre les prohibitions touchant la publicité, d'une part, et la diminution de l'usage du tabac, d'autre part, notre Cour a jugé qu'il était logique de conclure que les prohibitions frappant la publicité ainsi que les mises en garde figurant sur les emballages entraînaient une diminution de l'usage du tabac; voir par. 155-158. La juge McLachlin a tiré la conclusion suivante, au par. 137 :

Pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile, on n'a pas à faire une démonstration scientifique; la prépondérance des probabilités s'établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique.

In *Thomson Newspapers*, the evidence as to the influence of polls on voter choice was uncertain. Nevertheless, the majority of the Court concluded, as a matter of logic assisted by some social science evidence, that the possible influence of polls on voter choice was a legitimate harm that Parliament could seek to remedy, and was thus a pressing and substantial objective; see paras. 104-107.

Similarly, the nature of the harm and the efficaciousness of Parliament's remedy in this case is difficult, if not impossible, to measure scientifically. The harm which Parliament seeks to address can be broadly articulated as electoral unfairness. Several experts, as well as the Lortie Commission, concluded that unlimited third party advertising can undermine election fairness in several ways. First, it can lead to the dominance of the political discourse by the wealthy (*Lortie Report*, *supra*, at p. 326; Professor Peter Aucoin's evidence, at Cairns J.'s paras. 60-61). Second, it may allow candidates and political parties to circumvent their own spending limits through the creation of third parties (*Lortie Report*, at p. 15; Professor Frederick James Fletcher and Chief Electoral Officer, at Cairns J.'s para. 62). Third, unlimited third party spending can have an unfair effect on the outcome of an election (*Lortie Report*, at pp. 15-16). Fourth, the absence of limits on third party advertising expenses can erode the confidence of the Canadian electorate who perceive the electoral process as being dominated by the wealthy. This harm is difficult, if not impossible, to measure because of the subtle ways in which advertising influences human behaviour; the influence of other factors such as the media and polls; and the multitude of issues, candidates and independent parties involved in the electoral process. In light of these difficulties, logic and reason assisted by some social science evidence is sufficient proof of the harm that Parliament seeks to remedy.

Dans *Thomson Newspapers*, la preuve concernant l'influence des sondages sur le choix des électeurs était incertaine. Néanmoins, s'appuyant sur la logique et sur certains éléments de preuve relevant des sciences sociales, les juges majoritaires ont conclu que l'influence possible des sondages sur le choix des électeurs constituait un préjudice légitime auquel le Parlement pouvait chercher à remédier, et qu'il s'agissait donc d'un objectif urgent et réel; voir par. 104-107.

De même, il est en l'espèce difficile, voire impossible, de mesurer scientifiquement la nature du préjudice et l'efficacité de la solution retenue par le Parlement. Le préjudice auquel ce dernier veut remédier peut, de façon générale, être décrit comme étant l'iniquité électorale. Plusieurs experts, ainsi que la Commission Lortie, ont conclu qu'une publicité illimitée par les tiers pouvait compromettre l'équité électorale de plusieurs façons. Premièrement, cette publicité peut mener à la domination du débat politique par les mieux nantis (*Rapport Lortie*, *op. cit.*, p. 338; témoignage du professeur Peter Aucoin, motifs du juge Cairns, par. 60-61). Deuxièmement, elle peut permettre aux candidats et aux partis politiques d'esquiver leurs propres limites de dépenses par la création de tierces parties (*Rapport Lortie*, p. 16; professeur Frederic James Fletcher et directeur général des élections, motifs du juge Cairns, par. 62). Troisièmement, elle peut avoir des effets inéquitables sur le résultat du scrutin (*Rapport Lortie*, p. 15-17). Quatrièmement, l'absence de plafonds applicables aux dépenses de publicité des tiers peut miner la confiance des électeurs canadiens qui considèrent que le processus électoral est dominé par les mieux nantis. Il est difficile, voire impossible, de mesurer ce préjudice en raison des influences subtiles qu'exerce la publicité sur le comportement humain, de l'influence d'autres facteurs tels que les médias et les sondages, ainsi que de la multitude des enjeux, candidats et intervenants indépendants en présence dans le processus électoral. Compte tenu de ces difficultés, la logique et la raison, conjuguées à certains éléments preuve relevant des sciences sociales, démontrent de façon suffisante l'existence du préjudice auquel le Parlement cherche à remédier.

(ii) Vulnerability of the Group

80

Third party spending limits seek to protect two groups. First, the limits seek to protect the Canadian electorate by ensuring that it is possible to hear from all groups and thus promote a more informed vote. Generally, the Canadian electorate “must be presumed to have a certain degree of maturity and intelligence”; see *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 101. Where, however, third party advertising seeks to systematically manipulate the voter, the Canadian electorate may be seen as more vulnerable; see *Thomson Newspapers*, at para. 114.

81

The members of the second group protected by the legislation are candidates and political parties. The appellant argues that the provisions seek to ensure that candidates and political parties have an equal opportunity to present their positions to the electorate. As discussed in *Figueroa*, *supra*, at para. 41, all political parties, whether large or small, are “capable of acting as a vehicle for the participation of individual citizens in the public discourse that animates the determination of social policy”. Thus, regardless of their size, political parties are important to the democratic process. Nevertheless, neither candidates nor political parties can be said to be vulnerable.

(iii) Subjective Fears and Apprehension of Harm

82

Perception is of utmost importance in preserving and promoting the electoral regime in Canada. Professor Aucoin emphasized that “[p]ublic perceptions are critical precisely because the legitimacy of the election regime depends upon how citizens assess the extent to which the regime advances the values of their electoral democracy” (emphasis in original). Electoral fairness is key. Where Canadians perceive elections to be unfair, voter apathy follows shortly thereafter.

83

Several surveys indicate that Canadians view third party spending limits as an effective means

(ii) La vulnérabilité du groupe

Le plafonnement des dépenses faites par les tiers vise à protéger deux groupes. Tout d’abord, ces limites tendent à protéger les électeurs canadiens en leur permettant d’entendre tous les groupes et, de ce fait, de voter de manière plus éclairée. En règle générale, « [i]l faut présumer aux électeurs canadiens un certain degré de maturité et d’intelligence »; voir *Thomson Newspapers*, précité, par. 101. Cependant, lorsque la publicité émanant de tiers cherche systématiquement à manipuler l’électeur, c’est l’électorat canadien qui peut être considéré comme plus vulnérable; voir *Thomson Newspapers*, par. 114.

Les membres du second groupe bénéficiant de la protection de la loi sont les candidats et les partis politiques. L’appelant soutient que les dispositions visent à assurer aux candidats et aux partis politiques une chance égale de présenter leurs positions à l’électorat. Comme il a été expliqué dans l’arrêt *Figueroa*, précité, par. 41, tous les partis politiques, petits ou grands, sont « capables d’agir comme véhicule permettant aux citoyens de participer au débat public qui inspire l’établissement de la politique sociale ». En conséquence, quelle que soit leur taille, les partis politiques sont des acteurs importants dans le processus démocratique. Néanmoins, il est impossible d’affirmer que les candidats ou les partis politiques sont vulnérables.

(iii) Les craintes subjectives et l’appréhension du préjudice

La perception du public est de la plus haute importance lorsqu’il s’agit de préserver et de soutenir le régime électoral au Canada. Le professeur Aucoin a souligné que [TRADUCTION] « [I]la perception du public est cruciale, précisément parce que la légitimité du régime électoral est tributaire de la mesure dans laquelle les citoyens considèrent que celui-ci soutient les valeurs de leur démocratie électorale » (en italique dans l’original). L’équité électorale est l’élément clé. Lorsque les Canadiens ont le sentiment que les élections sont inéquitables, l’apathie des électeurs s’ensuit peu de temps après.

Plusieurs sondages indiquent que les Canadiens voient dans le plafonnement des dépenses des tiers

of advancing electoral fairness. Indeed, in *Libman*, *supra*, at para. 52, the Court relied on the survey conducted by the Lortie Commission illustrating that 75 percent of Canadians supported limits on spending by interest groups to conclude that spending limits are important to maintain public confidence in the electoral system.

(iv) The Nature of the Infringed Activity: Political Expression

Third party advertising is political expression. Whether it is partisan or issue-based, third party advertising enriches the political discourse (Lortie Report, *supra*, at p. 340). As such, the election advertising of third parties lies at the core of the expression guaranteed by the *Charter* and warrants a high degree of constitutional protection. As Dickson C.J. explained in *Keegstra*, *supra*, at pp. 763-64:

The connection between freedom of expression and the political process is perhaps the linchpin of the s. 2(b) guarantee, and the nature of this connection is largely derived from the Canadian commitment to democracy. Freedom of expression is a crucial aspect of the democratic commitment, not merely because it permits the best policies to be chosen from among a wide array of proffered options, but additionally because it helps to ensure that participation in the political process is open to all persons.

In some circumstances, however, third party advertising will be less deserving of constitutional protection. Indeed, it is possible that third parties having access to significant financial resources can manipulate political discourse to their advantage through political advertising. In *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 94, the majority of the Court explained:

[U]nder certain circumstances, the nature of the interests (i.e., a single party or faction with a great preponderance of financial resources) of the speakers could make the expression itself inimical to the exercise of a free and informed choice by others.

un moyen efficace de favoriser l'équité électorale. De fait, dans l'arrêt *Libman*, précité, par. 52, se fondant sur l'enquête menée par la Commission Lortie révélant que 75 pour 100 des Canadiens appuyaient la limitation des dépenses des groupes d'intérêt, notre Cour a conclu que le plafonnement des dépenses contribuait de façon importante au maintien de la confiance du public dans le système électoral.

(iv) La nature de l'activité protégée : l'expression politique

La publicité faite par les tiers est une forme d'expression politique. Qu'elle soit partisane ou qu'elle s'attache à un enjeu donné, la publicité électorale des tiers enrichit le débat politique (Rapport Lortie, *op. cit.*, p. 352). En tant que telle, elle constitue un aspect fondamental de la liberté d'expression garantie par la *Charte* et commande un haut degré de protection constitutionnelle. Comme l'a expliqué le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, précité, p. 763-764 :

Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2b), et ce lien tient dans une large mesure à l'engagement du Canada envers la démocratie. La liberté d'expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique, non pas simplement parce qu'elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu'elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous.

Dans certaines circonstances, cependant, la publicité faite par les tiers ne justifie pas autant d'être protégée par la Constitution. En effet, il est possible que des tiers disposant de ressources financières considérables manipulent le débat politique à leur avantage par la publicité politique. Dans *Thomson Newspapers*, précité, la majorité de la Cour a donné l'explication suivante, au par. 94 :

[D]ans certaines circonstances, la nature des intérêts (c'est-à-dire le fait qu'un parti ou une faction dispose d'une supériorité considérable du point de vue des ressources financières) de ceux qui s'expriment pourrait rendre la forme d'expression elle-même incompatible avec l'exercice par les autres intéressés d'un choix libre et éclairé.

There is no evidence before the Court that indicates that third party advertising seeks to be manipulative. Nor is there any evidence that third parties wish to use their advertising dollars to smear candidates or engage in other forms of non-political discourse. Nevertheless, the danger that political advertising may manipulate or oppress the voter means that some deference to the means chosen by Parliament is warranted.

86

The Attorney General of Canada argues that although the impugned provisions limit the political expression of some, the provisions enhance the political expression of others. This Court explored this dichotomy in *Libman, supra*, at para. 61:

... the legislature's objective, namely to enhance the exercise of the right to vote, must be borne in mind. Thus, while the impugned provisions do in a way restrict one of the most basic forms of expression, namely political expression, the legislature must be accorded a certain deference to enable it to arbitrate between the democratic values of freedom of expression and referendum fairness. The latter is related to the very values the Canadian *Charter* seeks to protect, in particular the political equality of citizens that is at the heart of a free and democratic society. The impugned provisions impose a balance between the financial resources available to the proponents of each option in order to ensure that the vote by the people will be free and informed and that the discourse of each option can be heard. To attain this objective, the legislature had to try to strike a balance between absolute freedom of individual expression and equality among the different expressions for the benefit of all. From this point of view, the impugned provisions are therefore not purely restrictive of freedom of expression. Their primary purpose is to promote political expression by ensuring an equal dissemination of points of view and thereby truly respecting democratic traditions. [Emphasis added.]

Further, by limiting political expression, the spending limits bring greater balance to the political discourse and allow for more meaningful participation in the electoral process. Thus, the provisions also enhance a second *Charter* right, the right to vote.

87

Under the egalitarian model of elections, Parliament must balance the rights and privileges of the participants in the electoral process:

Il n'a été présenté à la Cour aucune preuve indiquant que la publicité faite par les tiers a pour but de manipuler l'électorat ou que des tiers entendent utiliser leur budget publicitaire pour dénigrer des candidats ou se livrer à d'autres formes de discours non politiques. Quoiqu'il en soit, le risque que la publicité politique puisse servir à manipuler ou opprimer les électeurs justifie une certaine déférence envers les moyens retenus par le législateur.

Le procureur général du Canada fait valoir que, bien que les dispositions contestées restreignent l'expression politique de certains, elles renforcent celle d'autres personnes. Notre Cour a examiné cette dichotomie dans *Libman*, précité, par. 61 :

... il faut tenir compte de l'objectif poursuivi par le législateur, c'est-à-dire la valorisation de l'exercice du droit de vote. Ainsi, bien que les dispositions contestées restreignent d'une certaine façon l'une des formes les plus fondamentales d'expression, soit l'expression politique, une certaine déférence doit être accordée au législateur pour lui permettre d'arbitrer entre les valeurs démocratiques que constituent la liberté d'expression et l'équité référendaire. Cette dernière se rattache en effet aux valeurs mêmes que cherche à protéger la *Charte* canadienne, en particulier l'égalité politique des citoyens qui est au cœur d'une société libre et démocratique. En effet, les dispositions contestées imposent un équilibre entre les ressources financières des tenants de chaque option de façon à assurer que la population votera de manière libre et éclairée et que le discours de chacun pourra être entendu. Pour atteindre cet objectif, le législateur a dû chercher un équilibre entre la liberté d'expression individuelle absolue et l'égalité entre les différentes expressions pour le bienfait collectif. De ce point de vue, les dispositions contestées ne sont donc pas purement restrictives de la liberté d'expression. Elles visent avant tout à favoriser l'expression politique en assurant une diffusion égale des expressions dans le pur respect des traditions démocratiques. [Je souligne.]

Qui plus est, en limitant l'expression politique, le plafonnement des dépenses assure un meilleur équilibre dans le débat et permet une participation plus utile au processus électoral. En conséquence, ces dispositions renforcent également un deuxième droit garanti par la *Charte*, le droit de vote.

Selon le modèle électoral égalitaire, le Parlement doit mettre en équilibre les droits et priviléges des divers participants au processus électoral :

candidates, political parties, third parties and voters. Advertising expense limits may restrict free expression to ensure that participants are able to meaningfully participate in the electoral process. For candidates, political parties and third parties, meaningful participation means the ability to inform voters of their position. For voters, meaningful participation means the ability to hear and weigh many points of view. The difficulties of striking this balance are evident. Given the right of Parliament to choose Canada's electoral model and the nuances inherent in implementing this model, the Court must approach the justification analysis with deference. The lower courts erred in failing to do so (Paperny J.A., at para. 135). In the end, the electoral system, which regulates many aspects of an election, including its duration and the control and reimbursement of expenses, reflects a political choice, the details of which are better left to Parliament.

On balance, the contextual factors favour a deferential approach to Parliament in determining whether the third party advertising expense limits are demonstrably justified in a free and democratic society. Given the difficulties in measuring this harm, a reasoned apprehension that the absence of third party election advertising limits will lead to electoral unfairness is sufficient.

(b) *Limits Prescribed by Law*

The respondent argues that the entire third party advertising expense regime is too vague to constitute a limit prescribed by law on the basis that the legislation provides insufficient guidance as to when an issue is "associated" with a candidate or party. Thus, it is unclear when advertising constitutes election advertising and is subject to the regime's provisions. This argument is unfounded. The definition

candidats, partis politiques, tiers et électeurs. Le plafonnement des dépenses publicitaires peut porter atteinte à la liberté d'expression en vue de permettre aux participants de participer utilement au processus électoral. Dans le cas des candidats, des partis politiques et des tiers, la notion de participation utile s'entend de la capacité de faire connaître leurs vues aux électeurs. Dans le cas des électeurs, cette notion signifie la capacité d'entendre et de soupeser de nombreux points de vue. L'établissement de cet équilibre présente des difficultés évidentes. Étant donné que c'est au Parlement qu'il appartient de choisir le modèle électoral applicable au Canada et vu les nuances qui requiert intrinsèquement la mise en œuvre de ce modèle, la Cour doit entreprendre l'analyse de la justification avec toute la déférence qui s'impose. Les juridictions inférieures ont commis une erreur en omettant de manifester cette déférence (la juge Paperny, par. 135). En définitive, le système électoral — qui régit de nombreux aspects des élections, notamment la durée des campagnes ainsi que le contrôle et le remboursement des dépenses électORALES — reflète un choix politique, dont il est préférable de laisser le détail au Parlement.

Somme toute, les facteurs contextuels militent en faveur d'une attitude empreinte de déférence envers le Parlement dans l'examen de la question de savoir si le plafonnement des dépenses publicitaires faites par les tiers est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique. Vu les difficultés que présente l'évaluation du préjudice, l'existence d'une appréhension raisonnée que l'absence d'une telle limitation serait source d'iniquité électorale suffit.

b) *Les limites prescrites par une règle de droit*

Invoquant le fait que la Loi ne précise pas suffisamment ce qu'il faut entendre par une question « associée » ou « particulièrement associée » à un candidat ou à un parti, l'intimé prétend que l'ensemble du régime applicable aux dépenses de publicité des tiers est trop imprécis pour constituer une règle de droit. Il serait par conséquent difficile de déterminer si des mesures publicitaires constituent

of election advertising in s. 319, although broad in scope, is not unconstitutionally vague.

90

A provision will be considered impermissibly vague where there is no adequate basis for legal debate or where it is impossible to delineate an area of risk; see *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 639-40. The interpretation of the terms at issue here must be contextual. It is clear that a regulatory regime cannot by necessity provide for a detailed description of all eventualities and must give rise to some discretionary powers — a margin of appreciation. What is essential is that the guiding principles be sufficiently clear to avoid arbitrariness. While no specific criteria exist, it is possible to determine whether an issue is associated with a candidate or political party and, therefore, to delineate an area of risk. For example, it is possible to discern whether an issue is associated with a candidate or political party from their platform. Where an issue arises in the course of the electoral campaign, the response taken by the candidate or political party may be found in media releases (Lortie Report, *supra*, at p. 341). Whether the definition is impermissibly broad is a matter for legal debate and is more properly considered at the minimal impairment stage of the justification analysis.

(c) *Is the Objective Pressing and Substantial?*

91

The overarching objective of the third party election advertising limits is electoral fairness. Equality in the political discourse promotes electoral fairness and is achieved, in part, by restricting the participation of those who have access to significant financial resources. The more voices that have access to the political discourse, the more voters will be empowered to exercise their right in a meaningful and informed manner. Canadians understandably have greater confidence in an electoral system which ultimately encourages increased participation.

de la publicité électorale et sont, de ce fait, assujetties au régime. Cet argument n'est pas fondé. Bien qu'ayant une large portée, la définition de « publicité électorale » à l'art. 319 n'est pas imprécise au point d'être inconstitutionnelle.

Une disposition est considérée d'une imprécision inacceptable s'il n'existe aucun fondement suffisant pour un débat judiciaire ou s'il est impossible de délimiter une sphère de risque; voir *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 639-640. L'interprétation des termes litigieux en l'espèce doit être contextuelle. Il va de soi qu'un régime réglementaire ne peut évidemment pas décrire par le menu détail toutes les éventualités et qu'il doit conférer un certain pouvoir discrétionnaire — une marge d'appréciation. L'essentiel, c'est que les principes directeurs soient suffisamment clairs pour éviter l'arbitraire. Bien qu'aucun critère précis n'existe, il est possible de dire si une question est associée à un candidat ou à un parti politique et, partant, de délimiter une sphère de risque. Par exemple, il est possible de déterminer si une question est associée à un candidat ou à un parti politique en consultant leur programme électoral. Lorsqu'une question se soulève durant la campagne électorale, la réponse du candidat ou du parti politique peut être fournie par voie de communiqué de presse (Rapport Lortie, *op. cit.*, p. 353). La question de savoir si la définition est d'une imprécision inacceptable est susceptible de débat judiciaire et il convient de l'examiner à l'étape de l'atteinte minimale dans l'analyse de la justification.

c) *L'objectif est-il urgent et réel?*

L'équité électorale est l'objectif primordial du plafonnement des dépenses de publicité électorale faites par les tiers. L'égalité dans le cadre du débat électoral favorise cette équité et elle est réalisée, en partie, en restreignant la participation de ceux qui disposent de ressources financières considérables. Plus il y a de voix qui se font entendre dans le débat politique, plus les électeurs sont en mesure d'exercer leur droit de vote d'une manière utile et éclairée. Les Canadiens ont naturellement davantage confiance dans un système électoral qui, au bout du compte, encourage une participation accrue.

For the purpose of the s. 1 analysis, however, “it is desirable to state the purpose of the limiting provision as precisely and specifically as possible so as to provide a clear framework for evaluating its importance, and the precision with which the means have been crafted to fulfil that objective”; see *Thomson Newspapers*, at para. 98. More narrowly characterized, the objectives of the third party election advertising scheme are threefold: first, to promote equality in the political discourse; second, to protect the integrity of the financing regime applicable to candidates and parties; and third, to ensure that voters have confidence in the electoral process.

As discussed, the Attorney General of Canada does not need to provide evidence of actual harm to demonstrate that each objective is pressing and substantial; see *Butler, supra*; *Sharpe, supra*; *RJR-MacDonald, supra*. The lower courts effectively required scientific proof that, in Canada, the absence of third party spending limits has rendered Canadian elections unfair. The lower courts sought evidence establishing that third party advertising influences the electorate in a disproportionate way (*Cairns J.*, at para. 261; *Paperny J.A.*, at para. 157). To require the Attorney General to produce definitive social science evidence establishing the causes of every area of social concern would be to place an unreasonably high onus on the Attorney General. In this case, the Attorney General adduced sufficient informed evidence of the importance of electoral regulation in our free and democratic society.

In this case, the Lortie Report is the central piece of the evidentiary record establishing the possible harm engendered by uncontrolled third party advertising and justifying the limits set by Parliament on the advertising expenses of third parties.

As mentioned, the trial judge and the majority of the Court of Appeal discarded the findings of the Lortie Commission on the basis of the Johnston Report matter as the courts had done in *Pacific Press*

Toutefois, pour les besoins de l’analyse fondée sur l’article premier, « il est souhaitable d’énoncer de façon aussi précise et spécifique que possible, d’une part, l’objectif de la disposition attentatoire afin d’établir un cadre clair pour évaluer son importance, et, d’autre part, la précision avec laquelle les moyens choisis ont été conçus pour réaliser cet objectif »; voir *Thomson Newspapers*, par. 98. Réduits à leur plus simple expression, les objectifs poursuivis par le régime de publicité électorale des tiers se résument à trois choses. Premièrement, favoriser l’égalité dans le débat politique. Deuxièmement, protéger l’intégrité du système de financement applicable aux candidats et aux partis. Troisièmement, maintenir la confiance des électeurs dans le processus électoral.

Comme il a été expliqué précédemment, le procureur général du Canada n’a pas à faire la preuve d’un préjudice concret pour établir le caractère réel et urgent de chaque objectif : *Butler, Sharpe et RJR-MacDonald*, précités. Dans les faits, les juridictions inférieures ont exigé une preuve scientifique démontrant qu’au Canada l’absence de limitation des dépenses faites par les tiers rend les élections inéquitables. Ces tribunaux demandaient la preuve que cette publicité influence l’électeurat de façon disproportionnée (le juge Cairns, par. 261; la juge Paperny, par. 157). Ce serait imposer au procureur général un fardeau déraisonnablement lourd que de l’obliger à produire une preuve décisive relevant des sciences sociales pour établir la cause de tout problème social. En l’occurrence, le procureur général a présenté une preuve sérieuse et suffisante de l’importance de la réglementation des élections dans notre société libre et démocratique.

En l’espèce, le Rapport Lortie constitue, dans le dossier, le principal élément de preuve établissant le préjudice susceptible de résulter de l’absence de réglementation de la publicité faite par les tiers; il sert à justifier les limites établies par le Parlement à l’égard des dépenses publicitaires de ceux-ci.

Comme il a été mentionné plus tôt, le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont, sur le fondement du Rapport Johnston, écarté les conclusions de la Commission

v. *British Columbia (Attorney General)*, [2000] 5 W.W.R. 219, 2000 BCSC 248, and *Somerville*, *supra*. In doing so, the trial judge concluded that there was no actual evidence that third party advertising influenced the electorate (para. 261). The majority of the Court of Appeal also placed little weight on the findings of the Lortie Commission and concluded that the remaining evidence was inconclusive (paras. 108 and 114). In my view, the shift in Professor Johnston's empirical conclusion of the effect of third party spending on voter outcome of the 1988 federal election does not undermine the overall persuasiveness of the Lortie Report for several reasons.

96

Johnston's preliminary findings regarding the effect of third party spending on the 1988 federal election were not determinative of the position taken by the Lortie Commission on third party spending generally. It is inconceivable that the findings of a Royal Commission would be based solely on one preliminary report in the presence of numerous other expert reports. Professor Aucoin, the Lortie Commission research director, confirmed that he would still recommend third party spending limits to preserve the fairness of the electoral system (Cairns J., para. 67).

97

Further, Johnston's conclusions in *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election*, *supra*, only focus on one component of electoral fairness: the outcome of the election. *Letting the People Decide* does not speak to the impact of third party advertising on the fairness of the electoral process. As discussed, in the context of elections, process is as important as outcome; see *Figueroa*, *supra*, at para. 29 of its report. The Lortie Commission emphasized, at p. 14, that "the right to vote can be politically meaningful and the equality of voters assured only if the electoral process itself is fair". Nor does *Letting the People Decide* speak to the impact of unlimited third party advertising on the confidence Canadians have in their democratic electoral system. On this issue, the Lortie Commission opined that "[t]he integrity of the electoral process

Lortie, comme l'avaient fait les tribunaux dans les affaires *Pacific Press c. British Columbia (Attorney General)*, [2000] 5 W.W.R. 219, 2000 BCSC 248, et *Somerville*, précitée. Ce faisant, le juge de première instance a conclu qu'il n'existant aucune preuve concrète que la publicité émanant des tiers influence les électeurs (par. 261). Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eux aussi accordé peu de poids aux constatations de la Commission Lortie et ils ont estimé que le reste de la preuve n'était pas concluante (par. 108 et 114). À mon avis, le fait que le professeur Johnston ait changé sa conclusion empirique quant à l'effet des dépenses des tiers sur le résultat du scrutin lors de l'élection fédérale de 1988 ne diminue en rien la force persuasive globale du Rapport Lortie, et ce pour plusieurs raisons.

Les constatations préliminaires du professeur Johnston sur l'effet des dépenses des tiers lors de l'élection fédérale de 1988 n'ont pas déterminé la position de la Commission Lortie sur les dépenses des tiers en général. Il est inconcevable que les conclusions d'une Commission royale reposent uniquement sur un rapport préliminaire, alors qu'il existait de nombreux autres rapports d'experts. Le professeur Aucoin, qui était directeur de la recherche pour la Commission Lortie, a confirmé qu'il recommanderait quand même le plafonnement des dépenses des tiers pour préserver l'équité du système électoral (le juge Cairns, par. 67).

De plus, les conclusions énoncées par le professeur Johnston dans *Letting the People Decide : Dynamics of a Canadian Election*, *op. cit.*, ne s'attachent qu'à un aspect de l'équité électorale : le résultat du scrutin. L'ouvrage *Letting the People Decide* ne traite pas de l'effet de la publicité des tiers sur l'équité du processus électoral. En contexte électoral, je le répète, le processus importe autant que le résultat : *Figueroa*, précité, par. 29. À la page 15 de son rapport, la Commission Lortie a souligné que « le droit de vote ne peut avoir de sens politique — et l'égalité électorale ne peut être assurée — que si le processus électoral lui-même est juste et équitable ». L'ouvrage précité ne parle pas non plus de l'effet de l'absence de toute limite applicable à la publicité faite par les tiers sur la confiance qu'ont les Canadiens dans leur régime électoral

must be enhanced if Canadians are to be fully confident that their democratic rights are secure" (Lortie Report, at p. 16). Among other things, integrity of the electoral process requires that political advertising is not perceived as manipulating voters.

Finally, *Letting the People Decide* does not address the reasonable possibility that unlimited advertising expenses could, in future elections, impact the outcome of the election. As A. Blais, one of the co-authors of *Letting the People Decide*, noted in evidence:

The findings of that study indicate that third-party advertising did not have an impact on the vote in one specific instance, the 1988 election. They do not allow us, however, to conclude that third-party advertising will never have an impact in Canadian elections.

The respondent alleges that evidence of the actual pernicious effect of the lack of spending limits in past elections is necessary to establish that the objective is important and that the measures are proportional to the infringement of the rights of third parties. Surely, Parliament does not have to wait for the feared harm to occur before it can enact measures to prevent the possibility of the harm occurring or to remedy the harm, should it occur. As noted earlier, this Court has concluded on several occasions that a reasoned apprehension of harm is sufficient.

As the lower courts' conclusions on the respective weight to be attributed to the Lortie Report and *Letting the People Decide* relate to social science evidence, they are entitled to little deference by this Court; see *RJR-MacDonald, supra*, at paras. 139-41. For the reasons stipulated above, the findings of the Lortie Commission can be relied upon to establish that third party advertising expense limits are a means to preserve electoral fairness and promote confidence in the integrity of the electoral system. Studies later published in the United States

démocratique. À cet égard, la Commission Lortie a estimé qu'"[i]l importe de renforcer la confiance du public dans l'intégrité du processus électoral [pour] que les Canadiens et Canadiennes soient pleinement convaincus que leurs droits démocratiques sont protégés" (Rapport Lortie, p. 17). Pour assurer l'intégrité du processus électoral, il faut notamment veiller à ce que la publicité politique ne soit pas perçue comme un outil de manipulation de l'électorat.

Enfin, l'ouvrage *Letting the People Decide* ne traite nullement de la possibilité raisonnable que, à l'occasion de futures élections, des dépenses publicitaires illimitées influent sur le résultat du scrutin. Comme l'a souligné dans son témoignage A. Blais, un des coauteurs de l'ouvrage *Letting the People Decide* :

[TRADUCTION] Les résultats de cette étude montrent que la publicité des tiers n'a pas influencé l'électeurat à une occasion précise, soit l'élection de 1988. Il ne nous est cependant pas permis de conclure que la publicité faite par des tiers n'aura jamais d'influence sur les élections au Canada.

L'intimé prétend qu'il est nécessaire de faire la preuve d'effets pernicieux concrets résultant de l'absence de limitation des dépenses au cours d'élections antérieures pour démontrer l'importance de l'objectif et la proportionnalité des mesures par rapport à l'atteinte portée aux droits des tiers. Le Parlement n'est certes pas tenu d'attendre que le préjudice appréhendé se réalise avant d'adopter des mesures propres à le prévenir ou, le cas échéant, à y remédier. Comme je l'ai souligné plus tôt, notre Cour a à maintes reprises conclu qu'une appréhension raisonnée de préjudice suffisait.

Comme les conclusions des juridictions inférieures sur l'importance respective à accorder au Rapport Lortie et à l'ouvrage *Letting the People Decide* se rapportent à des éléments de preuve relevant des sciences sociales, elles commandent peu de déférence de la part de notre Cour; voir *RJR-MacDonald*, précité, par. 139-141. Pour les raisons déjà exposées, les constatations de la Commission Lortie permettent de conclure que le plafonnement des dépenses publicitaires faites par les tiers constitue un moyen de préserver l'équité électorale et

are also relevant in evaluating our own electoral system in a limited way. In the absence of third party advertising expense limits, electoral unfairness is a real possibility. To the extent that the lower courts in *Somerville, supra*, and *Pacific Press, supra*, gave no weight to the findings of the Lortie Report, they are wrong.

100 In my view, the findings of the Lortie Report can be relied upon in this appeal to determine whether the third party advertising limits are justified. Indeed, this Court has already provided significant guidance in its past jurisprudence on the importance of the following objectives based on the Lortie Report; see *Harvey, supra*; *Libman, supra*; and *Figueroa, supra*.

(i) To Promote Equality in the Political Discourse

101 As discussed, the central component of the egalitarian model is equality in the political discourse; see *Libman*, at para. 61. Equality in the political discourse promotes full political debate and is important in maintaining both the integrity of the electoral process and the fairness of election outcomes; see *Libman*, at para. 47. Such concerns are always pressing and substantial “in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society”; see *Harvey*, at para. 38.

(ii) To Protect the Integrity of the Financing Regime Applicable to Candidates and Parties

102 The primary mechanism by which the state promotes equality in the political discourse is through the electoral financing regime. The Court emphasized the importance of this regime in *Figueroa*, at para. 72:

The systems and regulations that govern the process by which governments are formed should not be easily compromised. Electoral financing is an integral component of that process, and thus it is of great importance that the integrity of the electoral financing regime be preserved.

de renforcer la confiance dans l'intégrité du système électoral. Des études américaines postérieures ont elles aussi une certaine pertinence pour évaluer notre propre régime électoral. Si les dépenses publicitaires des tiers ne sont assujetties à aucun plafond, l'iniquité en matière électorale devient une possibilité réelle. Dans la mesure où les tribunaux inférieurs qui ont décidé les affaires *Somerville* et *Pacific Press*, précitées, n'ont accordé aucun poids aux conclusions du Rapport Lortie, ils ont eu tort.

À mon sens, les conclusions du Rapport Lortie peuvent être invoquées, dans le présent pourvoi, pour décider si les limites applicables aux dépenses publicitaires des tiers sont justifiées. De fait, dans des décisions antérieures, notre Cour a déjà donné d'importantes indications sur l'importance des objectifs suivants, sur le fondement du Rapport Lortie; voir *Harvey, Libman et Figueroa*, précités.

(i) Favoriser l'égalité dans le débat politique

Comme je l'ai expliqué précédemment, l'égalité dans le débat politique est l'élément central du modèle égalitaire; voir *Libman*, par. 61. Cette égalité contribue à la tenue de débats politiques approfondis, en plus d'être importante pour le maintien de l'intégrité du processus électoral et de l'équité du résultat du scrutin; voir *Libman*, par. 47. Ces préoccupations sont toujours urgentes et réelles dans « toute société qui prétend suivre les préceptes d'une société libre et démocratique »; voir *Harvey*, par. 38.

(ii) Préserver l'intégrité du système de financement applicable aux candidats et aux partis

Le système de financement électoral est le mécanisme principal par lequel l'État favorise l'égalité dans le débat politique. La Cour a souligné en ces termes l'importance de ce système dans l'arrêt *Figueroa*, par. 72 :

Il ne faut pas que les mécanismes et les règles qui régissent le processus de formation des gouvernements soient trop vulnérables. Comme le financement électoral est un élément essentiel de ce processus, il est très important de protéger l'intégrité de ce régime.

Accordingly, protecting the integrity of spending limits applicable to candidates and parties is a pressing and substantial objective.

(iii) To Maintain Confidence in the Electoral Process

Maintaining confidence in the electoral process is essential to preserve the integrity of the electoral system which is the cornerstone of Canadian democracy. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136, Dickson C.J. concluded that faith in social and political institutions, which enhance the participation of individuals and groups in society, is of central importance in a free and democratic society. If Canadians lack confidence in the electoral system, they will be discouraged from participating in a meaningful way in the electoral process. More importantly, they will lack faith in their elected representatives. Confidence in the electoral process is, therefore, a pressing and substantial objective.

(d) *Rational Connection*

At this stage of the analysis, the Attorney General “must show a causal connection between the infringement and the benefit sought on the basis of reason or logic”; see *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 153. The lower courts erred by demanding too stringent a level of proof, in essence, by requiring the Attorney General to establish an empirical connection between third party spending limits and the objectives of s. 350. There is sufficient evidence establishing a rational connection between third party advertising expense limits and promoting equality in the political discourse, protecting the integrity of the financing regime applicable to candidates and parties, and maintaining confidence in the electoral process.

(i) To Promote Equality in the Political Discourse

To establish that third party advertising expense limits promote equality in the political discourse, the Attorney General must establish, first, that political

En conséquence, l’intégrité du régime de plafonnement des dépenses applicable aux candidats et aux partis est un objectif urgent et réel.

(iii) Maintenir la confiance dans le processus électoral

Le maintien de la confiance dans le processus électoral est essentiel pour préserver l’intégrité du système électoral, qui est la pierre angulaire de la démocratie au Canada. Dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136, le juge en chef Dickson a conclu que la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société revêt une importance capitale dans une société libre et démocratique. Si les Canadiens ne croient pas en leur système électoral, ils seront dissuadés de participer utilement au processus électoral. Facteur plus important encore, ils ne feront plus confiance aux députés qu’ils ont élus. La confiance dans le processus électoral constitue donc un objectif urgent et réel.

d) *Lien rationnel*

À cette étape de l’analyse, le procureur général « doit établir un lien causal, fondé sur la raison ou la logique, entre la violation et l’avantage recherché »; voir *RJR-MacDonald*, précité, par. 153. Les juridictions inférieures ont commis une erreur en exigeant un degré de preuve trop élevé, c’est-à-dire essentiellement en requérant du procureur général qu’il établisse un lien empirique entre le plafonnement des dépenses des tiers et les objectifs visés par l’art. 350. Il existe suffisamment d’éléments de preuve établissant l’existence d’un lien rationnel entre le plafonnement des dépenses de publicité faites par les tiers et la défense de l’égalité dans le débat politique, la préservation de l’intégrité du système de financement applicable aux candidats et aux partis et le maintien de la confiance dans le processus électoral.

(i) Favoriser l’égalité dans le débat politique

Pour démontrer que le plafonnement des dépenses de publicité des tiers favorise l’égalité dans le débat politique, le procureur général doit d’abord

advertising influences voters, and second, that in the absence of regulation some voices could dominate and, in effect, drown others out.

106

The majority of the Court of Appeal concluded, at para. 114, that the social science evidence of the impact of political advertising on voters was inconclusive. Professor Aucoin (in evidence) elucidated why there was a paucity of conclusive social science evidence:

[T]here is no *prima facie* reason, or evidence, for the claim that the advertising of third parties can never have its desired effect. It is advertising like all other advertising: sometimes it works, in the sense that it has its intended effects; sometimes it does not (as in having no effect, or having a negative or perverse effect). As with candidate and political party spending on advertising, there are other factors at work and certain conditions must exist for advertising to have its intended effect. Third parties cannot simply spend on advertising and always expect to have influence, anymore than candidates or parties can expect to “buy” elections.

That political advertising influences voters accords with logic and reason. Surely, political parties, candidates, interest groups and corporations for that matter would not spend a significant amount of money on advertising if it was ineffective. Indeed, advertising is the primary expenditure of candidates and political parties.

107

Where advertising influences the electorate, and those who have access to significant financial resources are able to purchase an unlimited amount of advertising, it follows that they will be able to dominate the electoral discourse to the detriment of others, both speakers and listeners. An upper limit on the amount that third parties can dedicate to political advertising curtails their ability to dominate the electoral debate. Thus, third party advertising expense limits are rationally connected to promoting equality in the political discourse.

établir que la publicité politique influence les électeurs et, ensuite, qu'en l'absence de réglementation certaines voix pourraient dominer le discours et, dans les faits, en étouffer d'autres.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu, au par. 114, que la preuve relevant des sciences sociales concernant l'effet de la publicité politique sur les électeurs n'était pas concluante. Dans son témoignage, le professeur Aucoin a expliqué en ces termes le peu de preuve concluante qui existe à cet égard :

[TRADUCTION] Il n'y a à première vue aucune raison ni aucune preuve appuyant la thèse selon laquelle la publicité faite par les tiers ne peut jamais produire les résultats escomptés. Il s'agit d'une forme de publicité comme toutes les autres : parfois elle fonctionne, en ce sens qu'elle produit les effets recherchés; parfois elle ne fonctionne pas (lorsqu'elle ne produit aucun effet ou lorsque les effets sont négatifs ou pervers). Tout comme dans le cas des dépenses publicitaires faites par les candidats et les partis politiques, d'autres facteurs entrent en ligne de compte et certaines conditions doivent être réunies pour que la publicité crée les effets voulu. Les tiers ne peuvent pas simplement faire des dépenses publicitaires et escompter avoir chaque fois de l'influence, pas plus que les candidats et les partis ne peuvent s'attendre à « acheter » les élections.

La conclusion selon laquelle la publicité politique influence les électeurs est conforme à la logique et la raison. Les partis politiques, les candidats, les groupes d'intérêt et, du reste, les entreprises ne dépense-raient certainement pas des sommes considérables en publicité si celle-ci était inefficace. De fait, la publicité constitue le principal poste de dépense des candidats et des partis politiques.

Si la publicité influence les électeurs et si les personnes disposant de ressources financières importantes sont autorisées à dépenser sans limite au titre de la publicité, il s'ensuit qu'elles pourront dominer le débat électoral au détriment d'autres personnes, tant des locuteurs que des auditeurs. Le fait de limiter la somme que les tiers peuvent consacrer à la publicité politique réduit leur capacité de dominer le débat électoral. Par conséquent, le plafonnement de dépenses publicitaires faites par les tiers est rationnellement lié à la défense de l'égalité dans le débat politique.

(ii) To Protect the Integrity of the Financing Regime Applicable to Candidates and Parties

Third party advertising can directly support a particular candidate or political party. Third party advertising can also indirectly support a candidate or political party by taking a position on an issue associated with that candidate or political party. In effect, third party advertising can create an imbalance between the financial resources of each candidate or political party; see *Libman, supra*, at para. 44. For candidate and political party spending limits to be truly effective, the advertising expenses of third parties must also be limited. Indeed, the Lortie Commission concluded that the electoral financing regime would be destroyed if third party advertising was not limited concomitantly with candidate and political party spending (Berger J.A., dissenting, at para. 261). The Commission explained, at p. 327 of the Lortie Report:

If individuals or groups were permitted to run parallel campaigns augmenting the spending of certain candidates or parties, those candidates or parties would have an unfair advantage over others not similarly supported. At the same time, candidates or parties who were the target of spending by individuals or groups opposed to their election would be put at a disadvantage compared with those who were not targeted. Should such activity become widespread, the purpose of the legislation would be destroyed, the reasonably equal opportunity the legislation seeks to establish would vanish, and the overall goal of restricting the role of money in unfairly influencing election outcomes would be defeated.

Thus, limiting third party advertising expenses is rationally connected with preserving the integrity of the financing regime set for candidates and parties.

(iii) To Maintain Confidence in the Electoral Process

Limits on third party advertising expenses foster confidence in the electoral process in three ways. The limits address the perception that candidates and political parties can circumvent their spending limits through the creation of special

(ii) Préserver l'intégrité du système de financement applicable aux candidats et aux partis

La publicité faite par les tiers peut appuyer directement un candidat ou un parti politique. Elle peut également soutenir indirectement un candidat ou un parti politique en prenant position sur une question associée à ce candidat ou à ce parti. De fait, elle peut créer un déséquilibre entre les ressources financières de chaque candidat ou parti politique; voir *Libman*, précité, par. 44. Pour que les limites applicables aux candidats et aux partis politiques au titre des dépenses soient vraiment efficaces, les dépenses publicitaires des tiers doivent elles aussi être assorties de limites. De fait, la Commission Lortie a conclu que le régime de financement électoral serait réduit à néant si la publicité des tiers n'était pas limitée comme le sont les dépenses des candidats et des partis politiques (motifs dissidents du juge Berger, par. 261). La Commission Lortie a donné les explications suivantes, à la p. 339 de son rapport :

En effet, si l'on permettait à des individus ou à des groupes de livrer des campagnes parallèles favorisant certains candidats ou partis, ces derniers jouiraient d'un avantage injuste sur leurs adversaires. De même, les candidats ou les partis qui seraient la cible des dépenses d'individus ou de groupes opposés à leur élection seraient désavantagés par rapport aux autres. Si de telles activités devaient se répandre, elles réduiraient à néant l'effet de la législation, l'égalité des chances qu'elle s'efforce d'instaurer disparaîtrait et l'objectif général de restreindre le rôle de l'argent dans les élections resterait hors d'atteinte.

La limitation des dépenses de publicité des tiers est en conséquence rationnellement liée à la préservation de l'intégrité du régime de financement applicable aux candidats et aux partis.

(iii) Maintenir la confiance dans le processus électoral

Les limites applicables aux dépenses de publicité des tiers favorisent la confiance dans le processus électoral de trois façons. Ces limites éliminent l'impression selon laquelle les candidats et les partis politiques peuvent contourner les plafonds

interest groups. The limits also prevent the possibility that the wealthy can dominate the electoral discourse and dictate the outcome of elections. Finally, the limits assist in preventing overall advertising expenses from escalating. Thus, third party advertising expense limits advance the perception that access to the electoral discourse does not require wealth to be competitive with other electoral participants. Canadians, in turn, perceive the electoral process as substantively fair as it provides for a reasonable degree of equality between citizens who wish to participate in that process.

(e) *Minimal Impairment*

110

To be reasonable and demonstrably justified, the impugned measures must impair the infringed right or freedom as little as possible. The oft-cited quote from *RJR-MacDonald, supra*, at para. 160, sets out the appropriate standard:

The impairment must be “minimal”, that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement.

Thus, the impugned measures need not be the least impairing option.

111

The contextual factors speak to the degree of deference to be accorded to the particular means chosen by Parliament to implement a legislative purpose; see *Thomson Newspapers, supra*, at para. 111. In this case, the contextual factors indicate that the Court should afford deference to the balance Parliament has struck between political expression and meaningful participation in the electoral process. As Berger J.A. in dissent aptly noted, at para. 268, “[t]he Court should not substitute judicial opinion for legislative choice in the face of a genuine and reasonable attempt to balance the fundamental value

auxquels ils sont eux-mêmes assujettis en créant des groupes d'intérêts particuliers. Elles écartent également la possibilité que les nantis dominent le débat électoral et déterminent l'issue du scrutin. Enfin, elles aident à prévenir l'escalade des dépenses publicitaires en général. Ainsi, le plafonnement des dépenses de publicité faites par les tiers renforce l'idée qu'il n'est pas besoin d'être riche pour pouvoir rivaliser avec les autres participants au débat électoral. Le processus électoral sera à son tour perçu par les Canadiens comme substantiellement équitable, du fait qu'il permet un degré raisonnable d'égalité entre les citoyens désireux d'y prendre part.

e) *Atteinte minimale*

Pour être jugées raisonnables et justifiées, les mesures contestées doivent porter le moins possible atteinte à la liberté ou au droit violé. L'extrait souvent cité de l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, par. 160, énonce le critère applicable à cet égard :

La restriction doit être « minimale », c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation.

Par conséquent, il n'est pas nécessaire que les mesures contestées représentent la solution la moins attentatoire.

Les facteurs contextuels concernent le degré de déférence dont il faut faire montre à l'égard des moyens particuliers choisis par le Parlement pour réaliser un objectif législatif : *Thomson Newspapers*, précité, par. 111. En l'espèce, il ressort des facteurs contextuels que la Cour doit témoigner de la déférence à l'égard de l'équilibre établi par le Parlement entre l'expression politique et la participation utile au processus électoral. Comme l'a judicieusement fait remarquer le juge Berger dans ses motifs de dissidence, au par. 268, [TRADUCTION] « [la] Cour ne devrait pas substituer son opinion au

of freedom of expression against the need for fairness in the electoral process".

The Chief Justice and Major J. assert that short of spending well over \$150,000 nationally and \$3,000 in a given electoral district, citizens cannot effectively communicate their views on election issues to their fellow citizens (para. 9). Respectfully, this ignores the fact that third party advertising is not restricted prior to the commencement of the election period. Outside this time, the limits on third party intervention in political life do not exist. Any group or individual may freely spend money or advertise to make its views known or to persuade others. In fact, many of these groups are not formed for the purpose of an election but are already organized and have a continued presence, mandate and political view which they promote. Many groups and individuals will reinforce their message during an electoral campaign.

The nature of Canada's political system must be considered when deciding whether individuals and groups who engage in election advertising will be affected unduly by the limits set out in s. 350. First, as the Court discussed in *Figueroa*, there are few obstacles for individuals to join existing political parties or to create their own parties to facilitate individual participation in elections. Still, some will participate outside the party affiliations; this explains why the existence of multiple organizations and parties of varying sizes requires Parliament to balance their participation during the election period. Further, the reality in Canada is that regardless of the spending limits in the Act, the vast majority of Canadian citizens simply cannot spend \$150,000 nationally or \$3,000 in a given electoral district. What prevents most citizens from effectively exercising their right of political free speech as defined by the Chief Justice and Major J. is a lack of means, not legislative restrictions. Contrary to what the Chief Justice and Major J. say at

choix du législateur, qui a réellement et raisonnablement tenté d'établir l'équilibre entre le droit fondamental qu'est la liberté d'expression et la nécessité d'assurer l'équité du processus électoral ».

La Juge en chef et le juge Major affirment que les citoyens ne peuvent communiquer effectivement à leurs concitoyens leurs vues sur les enjeux électoraux à moins de dépenser des sommes bien supérieures à 150 000 \$ à l'échelle nationale et à 3 000 \$ dans une circonscription électorale donnée (par. 9). En toute déférence, cette affirmation ne tient pas compte du fait qu'aucune restriction ne s'applique à la publicité faite par les tiers avant le début de la période électorale. En dehors de cette période, les limites à l'intervention des tiers dans la vie politique n'existent pas. Tout individu ou groupe peut dépenser ou annoncer librement pour faire connaître ses vues ou pour convaincre autrui. En fait, de nombreux groupes de ce genre ne sont pas formés pour une élection donnée, mais ils sont déjà organisés et existent en permanence, poursuivant un mandat et faisant la promotion d'une opinion politique. Bon nombre de groupes et d'individus ne font que communiquer leur message avec plus de force durant les campagnes électorales.

Il faut aussi tenir compte de la nature du système politique canadien pour décider si les individus et groupes faisant de la politique électorale subiront un préjudice excessif en raison des limites prescrites par l'art. 350. Premièrement, comme l'a expliqué notre Cour dans l'arrêt *Figueroa*, peu d'obstacles empêchent des individus de joindre les rangs d'un parti politique existant ou de créer leur propre parti pour faciliter la participation individuelle aux élections. Malgré cela, il y a quand même des gens qui participent au processus électoral sans être rattachés à un parti. Ce phénomène explique pourquoi l'existence de multiples partis et organisations de toutes les tailles oblige le Parlement à équilibrer leur participation. En outre, au Canada la réalité est que, indépendamment des plafonds de dépenses prévus par la Loi, la vaste majorité des citoyens canadiens n'ont tout simplement pas les moyens de dépenser 150 000 \$ à l'échelle nationale ou 3 000 \$ dans une circonscription électorale donnée. Le manque de ressources financières, et non les limites prescrites

para. 44, I do not suggest that since the breach of s. 2(b) only affects a few people, it is therefore justifiable. As discussed, the objective is to ensure the political discourse is not dominated by those who have greater resources. The proper focus is on protecting the right to meaningful participation of the entire electorate. Let me now examine in more detail how this is achieved.

114

Section 350 minimally impairs the right to free expression. The definition of “election advertising” in s. 319 only applies to advertising that is associated with a candidate or party. Where an issue is not associated with a candidate or political party, third parties may partake in an unlimited advertising campaign.

115

The \$3,000 limit per electoral district and \$150,000 national limit allow for meaningful participation in the electoral process while respecting the right to free expression. Why? First, because the limits established in s. 350 allow third parties to advertise in a limited way in some expensive forms of media such as television, newspaper and radio. But, more importantly, the limits are high enough to allow third parties to engage in a significant amount of low cost forms of advertising such as computer generated posters or leaflets or the creation of a 1-800 number. In addition, the definition of “election advertising” in s. 319 does not apply to many forms of communication such as editorials, debates, speeches, interviews, columns, letters, commentary, the news and the Internet which constitute highly effective means of conveying information. Thus, as the trial judge concluded, at para. 78, the limits allow for “modest, national, informational campaigns and reasonable electoral district informational campaigns”.

par la Loi, empêche la plupart des citoyens d'exercer effectivement leur droit à la liberté d'expression politique au sens où ce droit est défini par la Juge en chef et le juge Major. Contrairement à ce qu'affirment ces derniers au par. 44, je ne suggère pas par là que, comme la violation de l'al. 2b) ne touche qu'un nombre restreint de personnes, elle est en conséquence justifiable. Comme il a été expliqué plus tôt, l'objectif consiste à faire en sorte que le débat politique ne soit pas dominé par ceux qui disposent des ressources les plus considérables. Il faut s'attacher à protéger le droit de l'ensemble des électeurs de participer utilement au processus électoral. Examinons maintenant plus en détail comment le législateur réalise cet objectif.

L'article 350 porte atteinte de façon minimale au droit à la liberté d'expression. La définition de « publicité électorale » contenue à l'art. 319 ne vise que la publicité associée à un candidat ou à un parti. Si une question n'est pas associée à un candidat ou à un parti politique, les tiers peuvent se livrer à une campagne de publicité illimitée.

Les plafonds de 3 000 \$ par circonscription électorale et de 150 000 \$ à l'échelle nationale permettent une participation utile au processus électoral tout en respectant le droit à la liberté d'expression. Comment? Premièrement, ces plafonds permettent aux tiers de faire, de façon limitée, de la publicité par l'entremise de certains médias dispendieux tels la télévision, les journaux et la radio. Toutefois, facteur plus important encore, ces plafonds sont suffisamment élevés pour leur permettre de recourir à des formes de publicité peu coûteuses, par exemple affiches ou brochures générées par ordinateur, ligne sans frais (1-800). De plus, de nombreuses formes de communication ne sont pas visées par la définition de « publicité électorale » à l'art. 319, notamment les éditoriaux, les débats, les discours, les nouvelles, les entrevues, les chroniques, les commentaires ou les lettres, ainsi que l'Internet, qui constitue un moyen extrêmement efficace de diffusion de l'information. Ainsi, comme a conclu le juge de première instance, au par. 78, ce plafonnement permet la tenue de [TRADUCTION] « campagnes d'information modestes à l'échelle nationale et de campagnes d'information raisonnables à l'échelle de la circonscription ».

Second, the limits set out in s. 350 are justifiably lower than the candidate and political party advertising limits, as recommended by the Lortie Commission. As this Court explained in *Libman, supra*, at paras. 49-50, the third party limit must be low enough to ensure that a particular candidate who is targeted by a third party has sufficient resources to respond. It cannot be forgotten that small political parties, who play an equally important role in the electoral process, may be easily overwhelmed by a third party having access to significant financial resources. The limits must also account for the fact that third parties generally have lower overall expenses than candidates and political parties. The limits must also appreciate that third parties tend to focus on one issue and may therefore achieve their objective less expensively. Thus, the limits seek to preserve a balance between the resources available to candidates and parties taking part in an election and those resources that might be available to third parties during this period. Professor Fletcher confirmed (in evidence) that the limits set out in s. 350 achieve this goal.

The Chief Justice and Major J. rely on the higher ratio of advertising spending limits for citizens to political parties in Britain as compared to Canada as evidence that the Canadian spending limits are too low (para. 8). In my view, this comparison is inappropriate. The British provisions apply to different categories of advertising and apply over different time periods.

Certainly, one can conceive of less impairing limits. Indeed, any limit greater than \$150,000 would be less impairing. Nevertheless, s. 350 satisfies this stage of the *Oakes* analysis. The limits allow third parties to inform the electorate of their message in a manner that will not overwhelm candidates, political parties or other third parties. The limits preclude the voices of the wealthy from dominating the political discourse, thereby allowing more voices to be heard. The limits allow for meaningful participation in the electoral process and encourage

Deuxièmement, les limites établies à l'art. 350 sont à juste titre inférieures à celles applicables aux candidats et aux partis politiques, comme le recommandait la Commission Lortie. Comme l'a expliqué notre Cour dans l'arrêt *Libman*, précité, par. 49-50, la limite applicable aux tiers doit être suffisamment basse pour faire en sorte que le candidat ciblé par un tiers dispose de ressources suffisantes pour être en mesure de répondre. Il ne faut pas oublier la facilité avec laquelle les petits partis politiques — qui jouent un rôle aussi important que les autres partis dans le processus électoral — peuvent être écrasés par des tiers disposant d'importantes ressources financières. Les limites doivent également être fixées en tenant compte du fait que les dépenses globales des tiers sont généralement moins élevées que celles des candidats et des partis politiques, et du fait que les tiers tendent à se concentrer sur une seule question et qu'ils peuvent ainsi atteindre leur objectif à moindre coût. Par conséquent, les limites visent à maintenir l'équilibre entre les ressources dont disposent les partis et candidats aux élections et celles dont peuvent disposer les tiers durant cette période. Dans son témoignage, le professeur Fletcher a confirmé que les plafonds prévus à l'art. 350 permettent de réaliser cet objectif.

Comme élément de preuve tendant à établir que les plafonds de dépenses sont trop bas au Canada, la Juge en chef et le juge Major invoquent le fait qu'en Grande-Bretagne le ratio des dépenses des citoyens par rapport à celles des partis politiques est plus élevé qu'au Canada (par. 8). Selon moi, cette comparaison est inappropriée. Les dispositions anglaises s'appliquent à des catégories de dépenses différentes et couvrent des périodes différentes.

Il est certes possible d'imaginer des limites qui seraient moins attentatoires. De fait, toute limite supérieure à 150 000 \$ serait moins attentatoire. Néanmoins, l'article 350 satisfait au présent volet de l'analyse fondée sur l'arrêt *Oakes*. Les plafonds de dépenses donnent aux tiers la possibilité de communiquer leur message aux électeurs sans écraser les candidats, les partis politiques ou d'autres tiers. Ils empêchent les voix des nantis de dominer le débat politique, permettant ainsi à plus de voix de se faire entendre. Ils permettent une participation utile au

informed voting. The limits promote a free and democratic society.

(f) *Proportionality*

119 The final stage of the *Oakes* analysis requires the Court to weigh the deleterious effects against the salutary effects.

120 Section 350 has several salutary effects. It enhances equality in the political discourse. By ensuring that affluent groups or individuals do not dominate the political discourse, s. 350 promotes the political expression of those who are less affluent or less capable of obtaining access to significant financial resources and ensures that candidates and political parties who are subject to spending limits are not overwhelmed by third party advertising. Section 350 also protects the integrity of the candidate and political party spending limits by ensuring that these limits are not circumvented through the creation of phony third parties. Finally, s. 350 promotes fairness and accessibility in the electoral system and consequently increases Canadians' confidence in it.

121 The deleterious effect of s. 350 is that the spending limits do not allow third parties to engage in unlimited political expression. That is, third parties are permitted to engage in informational but not necessarily persuasive campaigns, especially when acting alone. When weighed against the salutary effects of the legislation, the limits must be upheld. As the Court explained in *Libman, supra*, at para. 84:

[P]rotecting the fairness of referendum campaigns is a laudable objective that will necessarily involve certain restrictions on freedom of expression. Freedom of political expression, so dear to our democratic tradition, would lose much value if it could only be exercised in a context in which the economic power of the most affluent members of society constituted the ultimate guidepost of our political choices. Nor would it be much better served by a

processus électoral et favorisent un vote éclairé. Ils soutiennent l'existence d'une société libre et démocratique.

f) *La proportionnalité*

À la dernière étape de l'analyse fondée sur l'arrêt *Oakes*, la Cour doit soupeser les effets préjudiciables et les effets bénéfiques des mesures contestées.

L'article 350 produit plusieurs effets bénéfiques. Il renforce l'égalité dans le débat politique. En empêchant les bien nantis — individus ou groupes — de dominer le débat politique, l'art. 350 favorise l'expression politique des personnes qui sont moins fortunées ou moins capables d'avoir accès à d'importantes ressources financières, et il fait en sorte que les candidats et les partis politiques, qui sont assujettis à leurs propres plafonds de dépenses, ne soient pas écrasés sous le poids de la publicité des tiers. L'article 350 protège également l'intégrité du régime de plafonnement des dépenses des candidats et des partis en empêchant qu'on élude les limites par la création de tiers « bidons ». Enfin, l'article 350 favorise l'accès au système électoral et l'équité de celui-ci, et, partant, il accroît la confiance des Canadiens dans ce système.

L'effet préjudiciable de l'art. 350 est que les plafonds de dépenses qu'il prescrit ne permettent pas aux tiers d'exercer de façon illimitée leur liberté d'expression politique. Autrement dit, les tiers sont autorisés à mener des campagnes informatives mais pas nécessairement persuasives, particulièrement s'ils agissent seuls. La pondération de cet effet préjudiciable des mesures législatives et de leurs effets bénéfiques amène nécessairement à conclure au maintien des plafonds de dépenses. Comme l'a expliqué notre Cour dans l'arrêt *Libman*, précité, par. 84 :

[L]a protection du caractère juste et équitable des campagnes référendaires est un objectif louable qui impliquera nécessairement certaines restrictions à la liberté d'expression. La liberté d'expression politique si chère à notre tradition démocratique perdrat beaucoup de valeur si elle ne pouvait s'exercer que dans un contexte où le pouvoir économique des éléments les mieux nantis de la société constituerait l'ultime jalon de nos choix politiques. Elle

system that undermined the confidence of citizens in the referendum process. [First emphasis in original; second emphasis added.]

Accordingly, s. 350 should be upheld as a demonstrably justified limit in a free and democratic society.

D. *Section 351: Splitting and Collusion*

The respondent alleges that s. 351 infringes the right to free expression, the right to vote and the right to free association. For convenience, I reproduce s. 351:

351. A third party shall not circumvent, or attempt to circumvent, a limit set out in section 350 in any manner, including by splitting itself into two or more third parties for the purpose of circumventing the limit or acting in collusion with another third party so that their combined election advertising expenses exceed the limit.

The primary purpose of s. 351 is to preserve the integrity of the advertising expense limits established under s. 350. Thus, s. 351 is more properly viewed as ancillary to s. 350.

(1) Freedom of Expression

Section 351 does not infringe the right to free expression in purpose or effect.

(2) The Right to Vote

Section 351 does not violate the right to vote. There is no evidence indicating that the splitting and collusion rules infringe on the right to meaningfully participate in elections. Indeed, the provision enhances the right to vote by enforcing the third party advertising expense limits.

(3) Freedom of Association

The splitting and collusion provision does not violate s. 2(d) of the *Charter*. Section 2(d) will be infringed where the State precludes activity because of its associational nature, thereby discouraging the collective pursuit of common goals; see *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94, at para. 16. It is only the associational aspect of the activity, not the activity itself, which is

ne serait guère mieux servie par un régime qui minerait la confiance des citoyens dans le processus référendaire. [Premier soulignement dans l'original; deuxième soulignement ajouté.]

Étant donné que l'art. 350 constitue une limite justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, sa validité doit en conséquence être confirmée.

D. *Article 351 : division et collusion*

L'intimé plaide que l'art. 351 viole le droit à la liberté d'expression, le droit de vote et le droit à la liberté d'association. Par souci de commodité, je vais reproduire le texte de l'art. 351 :

351. Il est interdit à un tiers d'esquiver ou de tenter d'esquiver les plafonds prévus par l'article 350, notamment en se divisant en plusieurs tiers ou en agissant de concert avec un autre tiers de sorte que la valeur totale de leurs dépenses de publicité électorale dépasse les plafonds fixés à cet article.

L'article 351 vise d'abord et avant tout à préserver l'intégrité du régime de plafonnement des dépenses établi par l'art. 350. En ce sens, il doit être considéré comme accessoire à l'art. 350.

(1) La liberté d'expression

L'article 351 ne contrevient pas au droit à la liberté d'expression, ni de par son objet ni de par son effet.

(2) Le droit de vote

L'article 351 ne contrevient pas au droit de vote. Rien n'indique que les règles relatives à la division ou à la collusion portent atteinte au droit de participer utilement aux élections. Au contraire, cet article renforce le droit de vote en imposant des limites aux dépenses publicitaires faites par les tiers.

(3) La liberté d'association

La disposition interdisant la division et la collusion ne contrevient pas à l'al. 2d) de la *Charte*. Il y a contravention à l'al. 2d) lorsque l'État empêche l'activité en raison de sa nature associative et décourage ainsi la poursuite collective d'objectifs communs; voir *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94, par. 16. La liberté d'association ne protège que l'aspect

protected; see *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, at para. 104.

126 Section 351 does not prevent individuals from joining to form an association in the pursuit of a collective goal. Rather, s. 351 precludes an individual or group from undertaking an activity, namely circumventing the third party election advertising limits set out in s. 350.

127 The trial judge relied on the Court's finding that s. 2(d) was infringed in *Libman* to conclude that s. 351 also infringed s. 2(d). This is an inappropriate comparison. The referenda legislation in *Libman* effectively forced individuals to associate with an affiliated or national committee to incur regulated expenses. As discussed, this is not the case here. Section 351 exists only as a mechanism to enforce s. 350.

E. Section 323: Advertising Blackout

128 Section 323 prohibits anyone from knowingly transmitting election advertising on polling day before the closing of all the polling stations in the electoral district. The prohibition applies for approximately 20 hours (Cairns J., at para. 133), and does not apply to the media (Cairns J., at para. 134).

(1) Freedom of Expression

129 The appellant concedes that s. 323 infringes the right to free expression by prohibiting third parties from advertising on polling day.

(2) The Right to Vote

130 Section 323, like s. 350, engages the informational component of the right to vote. As discussed, the right to meaningful participation in the electoral process includes a citizen's right to exercise his or her vote in an informed manner. Section 323 does not infringe s. 3 of the *Charter* as it does not have an adverse impact on the information available to voters. The ban is of short duration, lasting only

collectif de l'activité, non pas l'activité elle-même : *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, par. 104.

L'article 351 n'empêche pas des personnes de s'associer dans la poursuite d'un but commun. Il interdit plutôt aux personnes ou groupes de se livrer à une activité donnée, c'est-à-dire esquiver les plafonds fixés à l'art. 350 à l'égard des dépenses de publicité électorale des tiers.

Le juge de première instance a invoqué la conclusion de la Cour dans *Libman* selon laquelle il y avait atteinte à l'al. 2d pour déclarer que l'art. 351 portait lui aussi atteinte à cette disposition. Cette comparaison n'était pas appropriée. La loi référendaire en litige dans *Libman* obligeait dans les faits les intéressés à s'associer à un comité national ou affilié pour faire des dépenses réglementées. Comme il a été indiqué plus tôt, ce n'est pas le cas en l'espèce. L'article 351 se veut seulement un mécanisme d'application de l'art. 350.

E. Article 323 : l'interdiction frappant la publicité

L'article 323 interdit à quiconque de sciemment diffuser de la publicité électorale dans une circonscription le jour du scrutin, avant la fermeture de tous les bureaux de scrutin de la circonscription. L'interdiction s'applique pendant environ 20 heures (le juge Cairns, par. 133) et ne vise pas les médias (le juge Cairns, par. 134).

(1) La liberté d'expression

L'appelant concède que l'art. 323 enfreint le droit à la liberté d'expression en interdisant aux tiers de diffuser de la publicité le jour du scrutin.

(2) Le droit de vote

Tout comme l'art. 350, l'art. 323 concerne l'aspect informationnel du droit de vote. Comme je l'ai souligné précédemment, le droit des citoyens de participer utilement au processus électoral emporte celui de pouvoir exercer leur droit de vote de manière éclairée. L'article 323 ne contrevient pas à l'art. 3 de la *Charte*, puisqu'il n'a aucun effet préjudiciable à l'égard de l'information diffusée à

20 hours. Further, the ban does not extend to media organizations. The ban only forecloses advertising from third parties, candidates or political parties. As the trial judge aptly concluded, at para. 134:

If there is information that voters must have in the time immediately preceding polling day, it can most likely be obtained through the media, who are not covered by the ban. It is difficult to envision that the ban could lead to a deprivation of information such that a voter could not cast a rational and informed ballot.

Accordingly, there is no infringement of the right to vote.

(3) The Section 1 Justification Applicable to the Infringement of Freedom of Expression

The provision infringing the right to free expression can be saved under s. 1.

The advertising blackout provision seeks to advance two objectives. First, it seeks to provide commentators and others with an opportunity to respond to any potentially misleading election advertising (Cairns J., at para. 303). To the extent that voters may be misled by third party advertising, this is a pressing and substantial objective. Berger J.A., in dissent, identified a second pressing and substantial objective (para. 283). The blackout rule ensures that electors in different parts of the country have access to the same information before they go to the polls.

The blackout period is rationally connected to preventing voters from relying on inaccurate information. It provides a period within which misleading advertising may be assessed, criticized and possibly corrected. This achieves a broader objective, discussed throughout: informed voting. The blackout period is also rationally connected to ensuring that all voters receive the same information where possible. The blackout period would preclude

l'électoralat. L'interdiction est de courte durée, soit seulement 20 heures. De plus, elle ne s'applique pas aux médias. Elle n'exclut que la publicité émanant des tiers, des candidats et des partis politiques. Comme a à juste titre conclu le juge de première instance, au par. 134 :

[TRADUCTION] S'il y a des renseignements dont les électeurs doivent disposer durant la période précédant le jour du scrutin, ces renseignements peuvent vraisemblablement être obtenus par l'entremise des médias, lesquels ne sont pas visés par l'interdiction. Il est difficile d'imaginer que l'interdiction puisse avoir pour effet de priver les électeurs de renseignements qui les empêcheraient de voter de façon rationnelle et éclairée.

En conséquence, aucune atteinte n'a été portée au droit de vote.

(3) La justification de l'atteinte à la liberté d'expression en vertu de l'article premier

La validité de la disposition portant atteinte au droit à la liberté d'expression peut être sauvegardée par application de l'article premier.

La disposition établissant l'interdiction de publicité vise deux objectifs. Tout d'abord, elle donne aux commentateurs et à d'autres personnes l'occasion de réagir à toute publicité électorale potentiellement trompeuse (juge Cairns, par. 303). Dans la mesure où il est possible que les électeurs soient induits en erreur par des messages publicitaires émanant de tiers, il s'agit d'un objectif urgent et réel. Dans ses motifs de dissidence, le juge Berger de la Cour d'appel a relevé un second objectif urgent et réel (par. 283). L'application de la période d'interdiction de publicité fait en sorte que les électeurs de tous les coins du pays disposent des mêmes renseignements avant de se rendre aux urnes.

Il existe un lien rationnel entre la période d'interdiction de publicité et l'objectif consistant à éviter que les électeurs ne se fient à des renseignements inexacts. En effet, il est possible durant cette période de relever, critiquer et possiblement corriger toute publicité trompeuse. Cette mesure contribue à la réalisation d'un objectif plus large, dont il a été question tout au long des présents motifs : le vote éclairé. De plus, la période d'interdiction de

an election advertisement appearing in Western Canada after the polls had closed in Eastern Canada.

134 The blackout period is approximately 20 hours in duration in a 36-day campaign period. It only applies to advertising. The trial judge was correct to conclude that the provision is minimally impairing.

135 There is no evidence that the blackout period has had any deleterious effects. Accordingly, the infringement of freedom of expression in s. 323 is demonstrably justified in a free and democratic society.

F. *Sections 352 to 357, 359, 360 and 362: Attribution, Registration and Disclosure*

136 The attribution, registration and disclosure provisions set out several requirements that third parties must meet under certain circumstances. All third parties must identify themselves in any election advertising (s. 352). Third parties who spend \$500 or more on election advertising must appoint a financial agent and register with the Chief Electoral Officer (ss. 353 and 354). The financial agent must accept all contributions made during an election period to a third party, and must incur all advertising expenses on behalf of the third party (s. 357). The Chief Electoral Officer must maintain and publish a registry of third parties (ss. 356 and 362). Third parties that spend \$5,000 or more must appoint an auditor (s. 355). All third parties that spend \$500 or more must file an election advertising report to the Chief Electoral Officer (ss. 359 and 360). The election advertising report must include the time and place of the broadcast or publication of the advertisement and the expenses associated with them; the amount of contributions for election advertising purposes received in the period beginning six months before the issue of the writ and ending on polling day; the name, address and class of each contributor who contributes \$200 or more; and the amount paid

publicité est rationnellement liée au souci de mettre les mêmes renseignements à la disposition de tous les électeurs, lorsque la chose est possible. Ainsi, cette période aurait pour effet d'empêcher la diffusion d'une publicité électorale dans l'Ouest du Canada après la fermeture des bureaux de scrutin dans l'Est du pays.

Au cours d'une campagne électorale de 36 jours, la publicité est interdite pendant une période d'environ 20 heures. De surcroît, l'interdiction vise seulement la publicité. Le juge de première instance a eu raison de conclure que la disposition ne portait qu'une atteinte minimale.

Il n'y a aucune preuve indiquant que la période d'interdiction de publicité ait eu des effets préjudiciables. Par conséquent, l'atteinte causée à la liberté d'expression par l'art. 323 est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

F. *Articles 352 à 357, 359, 360 et 362 : attribution, enregistrement et divulgation*

Les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation établissent plusieurs conditions que doivent remplir les tiers dans certaines circonstances. Ces derniers doivent mentionner leur nom dans toute publicité électorale (art. 352). Dès qu'un tiers a engagé des dépenses de publicité électorale de 500 \$, il doit nommer un agent financier et s'enregistrer auprès du directeur général des élections (art. 353-354). C'est l'agent financier qui doit accepter toutes les contributions faites aux tiers au cours de la période électorale et engager toutes les dépenses de publicité pour leur compte (art. 357). Le directeur général des élections doit tenir et publier un registre des tiers (art. 356 et 362). Les tiers qui engagent des dépenses de publicité électorale de 5 000 \$ ou plus doivent nommer un vérificateur (art. 355). Les tiers qui dépensent 500 \$ ou plus doivent soumettre au directeur général des élections un rapport des dépenses de publicité électorale (art. 359-360). Ce rapport doit notamment faire état des renseignements suivants : date et lieu de publication des annonces ainsi que des dépenses qui y sont associées; montant des contributions destinées à la publicité électorale reçues dans les six mois précédent la délivrance du bref et pendant la

out of the third party's own funds for election advertising expenses (s. 359). The Chief Electoral Officer, in turn, must publish the names and addresses of registered third parties and the election advertising reports within one year after the issue of the writ (s. 362).

The respondent challenges the various sections of the attribution, registration and disclosure provisions under ss. 2(b), 2(d) and 3 of the *Charter*. The attribution, registration and disclosure provisions are interdependent. Thus, their constitutionality must be determined together.

(1) Freedom of Expression

The attribution, registration and disclosure provisions infringe s. 2(b) as they have the effect of limiting free expression. Even where the purpose of the impugned measure is not to control or restrict attempts to convey a meaning, the effect of the government action may restrict free expression; see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976.

As discussed, the attribution, registration and disclosure provisions require third parties to provide information to the Chief Electoral Officer. Where a third party fails to provide this information, they are guilty of a strict liability offence under s. 496 and are subject to a fine, imprisonment or any other additional measure that the court considers appropriate to ensure compliance with the Act (ss. 500-501). In this way, the attribution, registration and disclosure obligations have the effect of restricting the political expression of those who do not comply with the scheme.

(2) The Right to Vote

The attribution, registration and disclosure provisions do not infringe s. 3 of the *Charter*. As discussed, s. 3 protects the right to meaningfully participate in the electoral process which includes the

période électorale; nom, adresse et catégorie de chaque donneur contribuant 200 \$ ou plus; montant des dépenses de publicité électorale que le tiers a faites sur ses propres fonds (art. 359). Le directeur général des élections doit à son tour publier les nom et adresse des tiers enregistrés, ainsi que les rapports des dépenses de publicité électorale dans l'année qui suit la délivrance des brefs (art. 362).

L'intimé conteste les diverses dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation en invoquant les al. 2b) et d) ainsi que l'art. 3 de la *Charte*. Ces dispositions étant interdépendantes, leur constitutionnalité doit être déterminée globalement.

(1) La liberté d'expression

Les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation violent l'al. 2b), puisqu'elles ont pour effet de restreindre la liberté d'expression. Même lorsque le but de la mesure contestée n'est pas de contrôler ou restreindre la communication d'un message, l'action du gouvernement peut avoir pour effet de restreindre la liberté d'expression; voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976.

Comme il a été expliqué plus tôt, les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation obligent les tiers à communiquer certains renseignements au directeur général des élections. Le tiers qui ne communique pas l'information requise commet l'infraction de responsabilité stricte prévue à l'art. 496 et est passible d'une amende, d'une période d'emprisonnement ou de toute autre mesure que le tribunal estime appropriée pour veiller au respect de la Loi (art. 500-501). En ce sens, les obligations en matière d'attribution, d'enregistrement et de divulgation ont pour effet de restreindre l'expression politique de ceux qui ne se conforment pas au régime.

(2) Le droit de vote

Les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation ne violent pas l'art. 3 de la *Charte*. Comme il a été expliqué précédemment, l'art. 3 protège le droit de participer utilement

right to an informed vote. As Professor Aucoin explained in evidence:

[The attribution, registration and disclosure provisions] advance the objective of an informed vote, an important objective in its own right. Transparency, in short, advances an informed vote. Secrecy does not. With disclosure, voters are made aware of who contributes and who spends in the electoral process and thus who stands behind electoral communications.

Thus, these provisions enhance the right to vote under s. 3.

(3) Freedom of Association

141 The respondent has not provided sufficient argument or evidence to establish that ss. 356, 357(3), 359 or 362 infringe s. 2(d) of the *Charter*.

(4) The Section 1 Justification Applicable to the Infringement of Freedom of Expression

142 The attribution, registration and disclosure provisions advance two objectives: first, the proper implementation and enforcement of the third party election advertising limits; second, to provide voters with relevant election information. As discussed, the former is a pressing and substantial objective. To adopt election advertising limits and not provide for a mechanism of implementation and enforcement would be nonsensical. Failure to do so would jeopardize public confidence in the electoral system. The latter objective enhances a *Charter* value, informed voting, and is also a pressing and substantial objective.

143 The registration and disclosure requirements are rationally connected to the enforcement of the election advertising regime. The registration requirement notifies the Chief Electoral Officer of which individuals and groups qualify as third parties subject to the advertising expense limits. The reporting requirement allows the Chief Electoral Officer to determine the extent to which third

au processus électoral, y compris le droit de voter de façon éclairée. Le professeur Aucoin a expliqué ce droit en ces termes dans son témoignage :

[TRADUCTION] [Les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation] favorisent un vote éclairé, objectif important en soi. La transparence favorise un vote éclairé. Le secret n'y contribue pas. Grâce à la divulgation des renseignements, les électeurs savent qui verse les contributions, qui effectue les dépenses dans le processus électoral et, de ce fait, qui est à l'origine des communications électorales.

Ces dispositions renforcent donc le droit de vote garanti par l'art. 3.

(3) La liberté d'association

L'intimé n'a pas présenté d'argument ou d'élément de preuve établissant que l'art. 356, le par. 357(3) ou les art. 359 ou 362 violent l'al. 2d) de la *Charte*.

(4) La justification de l'atteinte à la liberté d'expression en vertu de l'article premier

Les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation poursuivent deux objectifs : premièrement, assurer la mise en œuvre et le respect des plafonds de dépenses de publicité électorale des tiers; deuxièmement, mettre à la disposition des électeurs l'information électorale pertinente. Comme on l'a vu plus tôt, le premier objectif est urgent et réel. En effet, il serait illogique d'établir des plafonds de dépenses de publicité électorale sans créer un mécanisme propre à assurer leur mise en œuvre et leur respect. Négliger de le faire mettrait en danger la confiance du public dans le système électoral. Le second objectif appuie une valeur reconnue par la *Charte*, l'exercice d'un droit de vote éclairé, et il constitue lui aussi un objectif urgent et réel.

Les obligations d'enregistrement et de divulgation sont rationnellement liées à l'application du régime de publicité électorale. L'obligation d'enregistrement renseigne le directeur général des élections sur l'identité des individus et des groupes qui possèdent le statut du tiers et qui sont assujettis au plafonnement des dépenses publicitaires. L'obligation de rendre compte aide à déterminer

parties have advertised during an election. These measures enable the Chief Electoral Officer to scrutinize spending more easily. Certain provisions facilitate the supervision of third parties. The appointment of a financial agent or auditor as the designated person accountable for the administration of contributions to the third party advertising expenditures facilitates the reporting process and provides the Chief Electoral Officer with a contact who is responsible for all advertising expenses incurred by the third party. The Chief Electoral Officer is also empowered to request any original bill or receipt of an advertising expense greater than \$50.

The disclosure requirements add transparency to the electoral process and are, therefore, rationally connected to providing information to voters. Third parties must disclose the names and addresses of contributors as well as the amount contributed by each. The Chief Electoral Officer, in turn, must disclose this information to the public. In conjunction with the attribution requirements, this information enables voters to identify who is responsible for certain advertisements. This is especially important where it is not readily apparent who stands behind a particular third party. Thus, voters can easily find out who contributes and who spends.

The attribution, registration and disclosure provisions are minimally impairing. The disclosure and reporting requirements vary depending on the amount spent on election advertising. The personal information required of contributors, name and address, is minimal. Where a corporation is a contributor, the name of the chief executive officer or president is required. The financial information that must be disclosed, contributions and advertising expenses incurred, pertains only to election advertising. The appointment of a financial agent or auditor is not overly onerous. Rather, it arguably facilitates the reporting requirements.

l'étendue de la publicité faite par les tiers durant la période électorale. Ces mesures permettent au directeur général des élections de contrôler plus facilement les dépenses publicitaires. Certaines dispositions facilitent la surveillance des tiers. La nomination par un tiers d'un agent financier ou d'un vérificateur chargé de l'administration des contributions versées pour les dépenses publicitaires des tiers facilite le processus de divulgation et permet au directeur général des élections de disposer d'une personne-ressource responsable des dépenses de publicité engagées par ce tiers. Le directeur général des élections a en outre le pouvoir d'exiger la production de l'original de toute facture ou de tout reçu concernant une dépense de publicité électorale supérieure à 50 \$.

Les obligations de divulgation renforcent la transparence du processus électoral et sont donc rationnellement liées à la communication de l'information à l'électorat. Les tiers doivent révéler les nom et adresse des donneurs, ainsi que la somme versée par chacun d'eux. Le directeur général des élections doit à son tour dévoiler cette information au public. Conjuguée aux renseignements découlant des obligations d'attribution, cette information permet aux électeurs de savoir qui est responsable de certaines annonces. Ces mesures sont particulièrement importantes lorsqu'il n'est pas facile de dire qui appuie un tiers donné. Ainsi, les électeurs peuvent aisément découvrir qui verse des contributions et qui effectue des dépenses.

Les dispositions relatives à l'attribution, à l'enregistrement et à la divulgation n'entraînent qu'une atteinte minimale au droit à la liberté d'association. Les obligations de divulgation varient selon la somme dépensée au titre de la publicité électorale. Les renseignements personnels exigés des donneurs — nom et adresse — sont minimaux. Lorsque le donneur est une personne morale, le nom de son directeur général ou de son président doit être fourni. Les renseignements financiers qui doivent être divulgués — les contributions et les dépenses de publicité engagées — n'ont trait qu'à la publicité électorale. La nomination d'un agent financier ou d'un vérificateur n'est pas une obligation excessivement lourde. Au contraire, il est possible d'affirmer qu'elle facilite le respect des exigences de divulgation.

146

The salutary effects of the impugned measures outweigh the deleterious effects. The attribution, registration and disclosure requirements facilitate the implementation and enforcement of the third party election advertising scheme. By increasing the transparency and accountability of the electoral process, they discourage circumvention of the third party limits and enhance the confidence Canadians have in their electoral system. The deleterious effects, by contrast, are minimal. The burden is certainly not as onerous as the respondent alleges. There is no evidence that a contributor has been discouraged from contributing to a third party or that a third party has been discouraged from engaging in electoral advertising because of the reporting requirements.

VI. Conclusion

147

The appeal is allowed with costs throughout. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 323(1) and (3), 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Sections 323(1) and (3), 350, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 and 362 infringe s. 2(b). In other words, all but s. 351 infringe s. 2(b).

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

3. Do ss. 323(1) and (3), 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and

Les effets bénéfiques des mesures contestées l'emportent sur leurs effets préjudiciables. Les obligations d'attribution, d'enregistrement et de divulgation facilitent la mise en œuvre et le respect du régime applicable à la publicité électorale faite par les tiers. En renforçant la transparence du processus électoral et en accroissant l'imputabilité des tiers, ces obligations découragent l'évitement des plafonds, en plus de rehausser la confiance des Canadiens dans leur système électoral. À l'opposé, les effets préjudiciables sont minimaux. Il ne s'agit certes pas d'obligations aussi lourdes que le prétend l'intimé. Rien n'indique qu'un donneur a été découragé de verser une contribution à un tiers ou qu'un tiers a été découragé de faire de la publicité électorale en raison des obligations de divulgation.

VI. Conclusion

Le pourvoi est accueilli avec dépens dans toutes les cours. Je répondrais ainsi aux questions constitutionnelles :

1. Les paragraphes 323(1) et (3) et les art. 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 et 362 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Les paragraphes 323(1) et (3) ainsi que les art. 350, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 et 362 enfreignent l'al. 2b). Autrement dit, toutes les dispositions enfreignent l'al. 2b), à l'exception de l'art. 351.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

3. Les paragraphes 323(1) et (3) et les art. 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 359, 360 et 362 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et

democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

5. Do ss. 351, 356, 357(3), 359 and 362 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

Appeal allowed with costs, McLACHLIN C.J. and MAJOR and BINNIE JJ. dissenting in part.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Code Hunter, Calgary.

Solicitor for the intervenor the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervenor the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Quebec.

Solicitor for the intervenor the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the intervenors Democracy Watch and National Anti-Poverty Organization: Bakerlaw, Toronto.

Solicitors for the intervenor Environment Voters, a division of Animal Alliance of Canada: Paterson, MacDougall, Toronto.

dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. Les articles 351, 356, 359 et 362 et le par. 357(3) de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, portent-ils atteinte à l'al. 2(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

6. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges MAJOR et BINNIE sont dissidents en partie.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : Code Hunter, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs des intervenantes Democracy Watch et l'Organisation nationale anti-pauvreté : Bakerlaw, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Environment Voters, division de l'Alliance animale du Canada : Paterson, MacDougall, Toronto.

Tab 8

Ted Opitz Appellant

v.

Borys Wrzesnewskyj, Attorney General of Canada, Marc Mayrand (Chief Electoral Officer), Allan Sperling (Returning Officer, Etobicoke Centre), Sarah Thompson and Katarina Zoricic Respondents

- and -

Borys Wrzesnewskyj Appellant

v.

Ted Opitz, Attorney General of Canada, Marc Mayrand (Chief Electoral Officer) and Allan Sperling (Returning Officer, Etobicoke Centre) Respondents

and

Keith Archer (Chief Electoral Officer of British Columbia), O. Brian Fjeldheim (Chief Electoral Officer of Alberta) and Canadian Civil Liberties Association Intervenors

INDEXED AS: OPITZ v. WRZESNEWSKYJ

2012 SCC 55

File No.: 34845.

2012: July 10; 2012: October 25.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein and Moldaver JJ.

ON APPEAL FROM THE ONTARIO SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Elections — Contested election application — Candidate defeated in federal election by a margin of 26 votes alleging “irregularities . . . that affected the result of the election” — Whether election in electoral district should be annulled — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 524(1)(b), 531(2).

Ted Opitz Appellant

c.

Borys Wrzesnewskyj, procureur général du Canada, Marc Mayrand (directeur général des élections), Allan Sperling (directeur de scrutin, Etobicoke-Centre), Sarah Thompson et Katarina Zoricic Intimés

- et -

Borys Wrzesnewskyj Appellant

c.

Ted Opitz, procureur général du Canada, Marc Mayrand (directeur général des élections) et Allan Sperling (directeur de scrutin, Etobicoke-Centre) Intimés

et

Keith Archer (Chief Electoral Officer of British Columbia), O. Brian Fjeldheim (Chief Electoral Officer of Alberta) et Association canadienne des libertés civiles Intervenants

RÉPERTORIÉ : OPITZ c. WRZESNEWSKYJ

2012 CSC 55

Nº du greffe : 34845.

2012 : 10 juillet; 2012 : 25 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein et Moldaver.

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DE JUSTICE DE L'ONTARIO

Élections — Requête en contestation d'une élection — Allégations d'« irrégularité[s] [...] ayant influé sur le résultat de l'élection » formulées par un candidat défait par 26 voix à une élection fédérale — L'élection dans la circonscription doit-elle être annulée? — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 524(1)b), 531(2).

Evidence — Fresh evidence — Relevance and reliability — Motion seeking to adduce evidence from national registry of electors on appeal — Whether fresh evidence should be admitted.

O was the successful candidate in the electoral district of Etobicoke Centre for the 41st Canadian federal election, with a plurality of 26 votes. The runner-up, W, applied to have the election annulled, on the basis that there were “irregularities . . . that affected the result of the election” (s. 524(1)(b) of the *Canada Elections Act* (“Act”)). The Ontario Superior Court of Justice granted the application, finding that 79 votes amounted to such irregularities and that, since this number exceeded the plurality of 26 votes, the election could not stand. O appealed to the Supreme Court of Canada as of right, and W cross-appealed (s. 532(1) of the Act). The Chief Electoral Officer and the returning officer for Etobicoke Centre also brought a motion for directions, seeking to adduce fresh evidence, pursuant to s. 62(3) of the *Supreme Court Act*.

Held (McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the cross-appeal should be dismissed. The motion to adduce fresh evidence should be dismissed.

Per Deschamps, Abella, Rothstein and Moldaver JJ.: W asks this Court to disqualify the votes of several Canadian citizens on account of administrative mistakes, notwithstanding evidence that those citizens were entitled to vote. The invitation to do so should be declined. There is no allegation in this case of any fraud or wrongdoing.

In accordance with s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and a plain reading of s. 6 of the Act, there are only three fundamental prerequisites to the right to vote (or “entitlement” to vote). A person must be 18 years of age or older, a Canadian citizen and a resident in the electoral district (or “riding”). The Act provides various procedural safeguards that allow persons to satisfy election officials that they are entitled to vote and prevent those not entitled to vote from voting. Examples of such procedural safeguards are the lists of electors, registration procedures and identification and vouching requirements.

Lower courts have taken two approaches to determining whether votes should be invalidated on account of irregularities. Under the strict procedural approach, a vote is invalid if an election official fails to follow any one of the procedures aimed at establishing entitlement. Under the substantive approach, an election

Preuve — Nouvel élément de preuve — Pertinence et fiabilité — Requête en vue de présenter en appel une nouvelle preuve tirée du registre national des électeurs — Ce nouvel élément de preuve devrait-il être admis?

O a remporté la 41^e élection fédérale dans la circonscription d’Etobicoke-Centre par une majorité de 26 voix. W, le candidat qui s’est classé deuxième, a demandé, par voie de requête, l’annulation de l’élection pour cause d’« irrégularité[s] [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection » (al. 524(1)b) de la *Loi électorale du Canada* (« Loi »). La Cour supérieure de justice de l’Ontario a accueilli la requête estimant que 79 votes constituaient des irrégularités de ce type et que, comme ce nombre était supérieur à la majorité de 26 voix, l’élection ne pouvait être confirmée. O a interjeté appel de plein droit à la Cour suprême du Canada et W a formé un appel incident (par. 532(1) de la Loi). De plus, le directeur général des élections et le directeur du scrutin d’Etobicoke-Centre ont demandé des directives par voie de requête afin de produire une nouvelle preuve, conformément au par. 62(3) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté. La requête en présentation d’une nouvelle preuve est rejetée.

Les juges Deschamps, Abella, Rothstein et Moldaver : W demande à la Cour de rejeter les votes de plusieurs citoyens canadiens en raison d’erreurs administratives même si, selon la preuve, ces citoyens avaient en fait le droit de voter. Il n’est pas fait droit à cette demande. Aucune allégation de fraude, de manœuvre frauduleuse ou d’acte illégal n’a été formulée.

Selon l’art. 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et les termes clairs de l’art. 6 de la Loi, le droit de voter est assujetti à seulement trois conditions fondamentales : avoir atteint l’âge de 18 ans, être citoyen canadien et résider dans la circonscription. La Loi établit différentes mesures de contrôle procédurales permettant à toute personne de convaincre les fonctionnaires électoraux qu’elle a le droit de voter et empêchant toute personne qui n’a pas le droit de voter de participer au scrutin. Ces mesures de contrôle procédurales comprennent, par exemple, les listes électorales, les procédures d’inscription et les exigences relatives à l’identification par un répondant.

Les tribunaux d’instance inférieure ont employé deux approches pour déterminer si des votes doivent être écartés pour cause d’irrégularités. Selon l’approche procédurale stricte, un vote est invalide si un fonctionnaire électoral ne respecte pas une procédure quelconque visant à établir le droit de voter. Suivant l’approche

official's failure to follow a procedural safeguard is not determinative. Only votes cast by persons not entitled to vote are invalid. The substantive approach should be adopted, as it effectuates the underlying *Charter* right to vote, not merely the procedures used to facilitate that right.

The substantive approach has two steps under s. 524(1)(b). First, an applicant must demonstrate that there was a breach of a statutory provision designed to establish the elector's entitlement to vote. An applicant who has successfully done so has established an "irregularity". Second, the applicant must demonstrate that someone not entitled to vote, voted. He may do so using circumstantial evidence. This second step establishes that the irregularity "affected the result" of the election. Under this approach, an applicant who has led evidence from which an "irregularity" could be found will have met his *prima facie* evidentiary burden. At that point, the respondent can point to evidence from which it may reasonably be inferred that no "irregularity" occurred or that, despite the "irregularity", the voter was in fact entitled to vote. After-the-fact evidence of entitlement is admissible. If the two steps are established, a vote is invalid. Finally, although a more realistic test may be developed in the future, the "magic number" test is used for the purposes of this application. It provides that an election should be annulled if the number of invalid votes is equal to or greater than the successful candidate's plurality.

Applying these principles to this appeal, at least 59 of the 79 votes disqualified by the application judge should be restored. The remaining 20 votes are less than O's plurality of 26. Although the remaining 20 votes are not discussed, there is no reason to believe that any of the 20 voters were not in fact entitled to vote. Because W has failed to establish that at least 26 votes should be disqualified, his application to annul the election should be dismissed.

The application judge made two errors of law. With respect to polls 31 and 426, he misstated the onus of proof five times, in the context of making crucial findings of fact, and it cannot be confidently said that he did not reverse the onus of proof. For polls 174 and 89, he failed to consider material evidence in reaching his findings. In light of these two errors of law, the application judge's findings at these polls are not entitled to

substantielle, le non-respect d'une mesure de contrôle procédurale par un fonctionnaire électoral n'est pas déterminant. Seuls les votes émanant de personnes qui n'ont pas le droit de voter sont invalides. L'approche substantielle est indiquée, parce qu'elle donne effet au droit de vote sous-jacent garanti par la *Charte* et non simplement aux procédures utilisées pour en faciliter l'exercice.

L'approche substantielle comporte deux étapes en application de l'al. 524(1)b). Premièrement, le requérant doit prouver qu'il y a eu manquement à une disposition législative visant à établir qu'un électeur a le droit de voter. Le requérant qui réussit à faire cette preuve établit ainsi l'existence d'une « irrégularité ». Deuxièmement, le requérant doit démontrer qu'une personne a voté sans en avoir le droit. Pour ce faire, il peut utiliser une preuve circonstancielle. Cette deuxième étape établit que l'irrégularité « [a] influé sur le résultat » de l'élection. Selon cette approche, le requérant s'acquitte du fardeau de preuve *prima facie* qui lui incombe en produisant une preuve qui permet de conclure à l'existence d'une « irrégularité ». À ce stade, l'intimé peut attirer l'attention sur un élément de preuve permettant raisonnablement de conclure soit qu'aucune « irrégularité » n'est survenue, soit que, malgré l'*« irrégularité »*, l'électeur avait en fait le droit de voter. La preuve du droit de voter est admissible après coup. Si la preuve de ces deux éléments est établie, le vote est invalide. Enfin, bien qu'une méthode plus réaliste puisse être élaborée un jour, le critère du « nombre magique » est appliqué pour les besoins de la présente requête. Suivant ce critère, l'élection doit être annulée si le nombre de votes invalides est égal ou supérieur à la majorité du candidat élu.

Si l'on applique ces principes dans le présent pourvoi, 59 des 79 votes écartés par le juge saisi de la requête doivent être rétablis. Il reste donc 20 votes, soit un nombre inférieur à la majorité de 26 voix obtenue par O. Bien que les motifs ne traitent pas de ces 20 votes restants, rien ne permet de croire que l'un des 20 électeurs en cause n'avait en fait pas le droit de voter. W n'ayant pas réussi à établir qu'au moins 26 votes devaient être écartés, sa demande d'annulation de l'élection doit être rejetée.

Le juge saisi de la requête a commis deux erreurs de droit. En ce qui concerne les bureaux de scrutin n^os 31 et 426, il a mal énoncé le fardeau de preuve à cinq occasions dans le contexte de conclusions de fait fondamentales et il est impossible d'affirmer en toute confiance qu'il n'a pas inversé le fardeau de la preuve. En ce qui concerne les bureaux de scrutin n^os 174 et 89, il a tiré ses conclusions en ne tenant pas compte

deference. Because the evidence is exclusively documentary and the Act requires a contested election application to proceed without delay, it is incumbent on this Court to reach its own conclusion on the validity of the votes in these polling divisions rather than remit the case to the application judge for redetermination.

At polls 31 and 426, a total of 41 required registration certificates were missing. If the certificates were never completed this would amount to an “irregularity”, satisfying the first step of the test. Here, however, there was evidence that indicates the certificates were completed but were misplaced after the election. Considering the whole of the evidence, W failed to establish, on a balance of probabilities, that there was an “irregularity”. For 13 of these voters at poll 31, there was positive proof that they were entitled to vote. They were on the list of electors at poll 31 or at other polls in the riding. This evidence confirms the decision to restore these votes. Although the minority also restores these votes, their explanation for doing so is contrary to their position that a voter must establish his entitlement before receiving and casting a ballot.

At poll 174, eight individuals who were vouched for are identified in the poll book by their relationship to the person who vouched for them, rather than by their full name. There was, however, evidence in the list of electors from which it could be inferred that the vouching was properly conducted. W failed to establish an “irregularity”.

At poll 89, 10 registration certificates were not signed by the voters, but were instead signed only by the election official. With respect to these votes, W established that there was an “irregularity”. W failed, however, to show that the irregularity “affected the result” of the election. There was evidence from which it could reasonably be inferred that the 10 voters were entitled to vote and that the misplaced signatures were simply a clerical mistake.

The cross-appeal should be dismissed. There is no basis for interfering with the application judge’s

d’éléments de preuve importants. Compte tenu de ces deux erreurs de droit, il n’y a pas lieu de faire preuve de retenue à l’égard des conclusions du juge saisi de la requête relativement à ces bureaux de scrutin. La preuve étant constituée exclusivement de documents et la Loi exigeant qu’il soit statué sans délai sur une requête en contestation d’une élection, la Cour a le devoir de tirer ses propres conclusions sur la validité des votes dans ces bureaux de scrutin plutôt que de renvoyer l’affaire au juge saisi de la requête pour qu’il tire de nouvelles conclusions.

Dans les bureaux de scrutin nos 31 et 426, 41 certificats d’inscription au total n’ont pu être retrouvés. Si ces certificats n’ont jamais été remplis, ces manquements constituent des « irrégularités », de sorte qu’il est satisfait au premier volet du test applicable. Toutefois, en l’occurrence, des éléments de preuve indiquent que les certificats ont été remplis, mais ont été égarés après l’élection. Compte tenu de l’ensemble de la preuve, W n’a pas réussi à établir qu’il y a eu « irrégularité » selon la prépondérance des probabilités. Une preuve positive démontre que 13 de ces électeurs au bureau de scrutin no 31 avaient le droit de voter. Ils figuraient sur la liste électorale établie pour la section de vote no 31 ou pour d’autres sections de vote de la circonscription. Cette preuve confirme la décision de rétablir ces votes. Bien que les juges minoritaires les rétablissent aussi, l’explication qu’ils donnent à cet égard va à l’encontre de leur opinion selon laquelle un électeur doit établir son droit de voter avant de recevoir un bulletin de vote et de voter.

Au bureau de scrutin no 174, huit personnes dont un autre électeur a répondu sont identifiées dans le cahier de scrutin par leur lien avec leur répondant plutôt que par leur nom au complet. Une preuve permettait cependant de déduire à partir de la liste électorale que la procédure d’identification par un répondant avait été suivie correctement. W n’a pas établi qu’il y a eu « irrégularité ».

Au bureau de scrutin no 89, 10 certificats d’inscription n’ont pas été signés par l’électeur; ils ont plutôt été signés uniquement par le fonctionnaire électoral. W a établi une « irrégularité » à l’égard de ces votes. W n’a toutefois pas démontré que cette irrégularité a « influé sur le résultat » de l’élection. Il existait une preuve permettant raisonnablement de conclure que les 10 électeurs en cause avaient le droit de voter et que les signatures figurant au mauvais endroit représentaient une simple erreur d’écriture.

Le pourvoi incident doit être rejeté. Rien ne justifierait que les conclusions du juge saisi de la requête

findings with respect to the other votes in polls 16, 21, 31, 89, 400 and 426.

Evidence from the national register of electors can be relevant in contested election applications as proof of voters' entitlement. Given that the motion to adduce fresh evidence could only assist O, however, the evidence need not be considered.

Per McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. (dissenting): The federal election in the riding of Etobicoke Centre should be annulled because of votes cast by individuals who were not entitled to vote under the Act.

An individual must be entitled to vote before casting a ballot for the Member of Parliament for the riding where she is ordinarily resident. The Act sets out a comprehensive scheme defining entitlement to vote. In general, there are three prerequisites: qualification, registration and identification. First, a voter must be qualified, by being a Canadian citizen and 18 years of age or older. Second, she must be registered, generally either by being on the list of electors or filing a registration certificate. Third, she must be properly identified at the polling station, whether by providing appropriate pieces of identification or by taking an oath and being vouched for by another elector.

Being a qualified elector, in terms of age and citizenship, is a necessary but not sufficient condition for entitlement to vote. The registration and identification prerequisites of entitlement must also be satisfied. These are fundamental safeguards for the integrity of the electoral system. Nothing in the Act suggests that a person who on election day is not entitled to vote should be permitted to do so and to establish her entitlement later.

A court may annul an election under s. 531(2) if the applicant establishes that there were "irregularities . . . that affected the result of the election" within the meaning of s. 524(1)(b). The term "irregularities" should be interpreted to mean failures to comply with the requirements of the Act, unless the deficiency is merely technical or trivial. For "irregularities" to have "affected the result of the election", they must be of a type that could affect the result of the election and impact a sufficient number of votes to have done so. Votes cast by persons not entitled to vote are irregularities that can affect the result of the election, because they are votes that should not have been cast. If the number of such votes equals or exceeds the winner's plurality, then the result

relativement aux bureaux de scrutin n°s 16, 21, 31, 89, 400 et 426 soient modifiées.

La preuve tirée du registre national des électeurs peut être pertinente dans le cadre d'une requête en contestation d'une élection à titre de preuve du droit de voter des électeurs. Toutefois, la requête en vue de présenter une nouvelle preuve ne pouvant servir que la cause de O, il n'est pas nécessaire d'examiner cette preuve.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Fish (dissidents) : L'élection fédérale tenue dans la circonscription d'Etobicoke-Centre doit être annulée parce que des personnes ont voté sans en avoir le droit selon la Loi.

Pour voter à l'élection du député de la circonscription dans laquelle elle réside habituellement, une personne doit avoir le droit de voter. La Loi établit un régime complet qui définit le droit de voter. De façon générale, ce droit est assujetti à trois conditions préalables : avoir qualité d'électeur, être inscrit et s'identifier. Premièrement, une personne doit avoir qualité d'électeur, en ayant la citoyenneté canadienne et en étant âgé de 18 ans ou plus. Deuxièmement, elle doit être inscrite, généralement en figurant déjà sur la liste électorale ou en déposant un certificat d'inscription. Troisièmement, elle doit s'identifier correctement au bureau de scrutin, en produisant des pièces d'identité adéquates ou en prêtant serment et en étant accompagnée d'un autre électeur qui répond d'elle.

Pour avoir le droit de voter, il faut avoir qualité d'électeur, c'est-à-dire satisfaire aux conditions relatives à la citoyenneté et à l'âge, mais cela ne suffit pas. Il faut également remplir les conditions d'inscription et d'identification. Ce sont des mesures de contrôle essentielles à l'intégrité du système électoral. Rien dans la Loi ne donne à penser qu'une personne n'ayant pas le droit de voter le jour du scrutin devrait néanmoins être admise à voter et à établir son droit de voter après coup.

Le tribunal peut prononcer l'annulation de l'élection si le requérant établit qu'il y a eu « irrégularité [...] ayant influé sur le résultat de l'élection » au sens de l'al. 524(1)b). Il faut interpréter le terme « irrégularité » comme s'entendant du non-respect des exigences de la Loi, sauf s'il s'agit d'un manquement de pure forme ou insignifiant. Pour qu'une « irrégularité » ait « influé sur le résultat de l'élection », elle doit appartenir à la catégorie des irrégularités susceptibles d'influer sur le résultat de l'élection et toucher un nombre suffisant de votes pour avoir influé sur ce résultat. Les votes émanant de personnes qui n'ont pas le droit de voter constituent des irrégularités qui peuvent influer sur le résultat de l'élection, parce qu'il s'agit de votes qui n'auraient pas

of the election is affected and the election should be annulled.

Since election results benefit from a presumption of regularity, the applicant bears the burden of establishing, on a balance of probabilities, that there were “irregularities . . . that affected the result of the election”. Here, the applicant had to establish that irregularities resulted in non-entitled voters casting votes. In the absence of palpable and overriding error, a judge’s conclusions on whether a voter complied with the entitlement provisions of the Act should not be disturbed.

In this case, the application judge applied the correct burden of proof and, while he improperly set aside some votes, he did not err with respect to 65 ballots cast by persons not entitled to vote. As this exceeds the winner’s plurality of 26 votes, the election should be annulled.

Irregularities in identification led the application judge to set aside votes at polls 21, 174, 502 and 30. He did not err in setting aside 27 votes on this basis. These votes were cast by individuals using the oath and vouching procedure under the Act to identify themselves at the polling station.

At poll 21 the evidence supported the application judge’s conclusion that vouching was required for eight voters but did not occur. Similarly, the judge did not err in concluding that any vouching that occurred for eight voters at poll 174 was improper. Finally, seven voters at poll 502 and four voters at poll 30 were vouched for by individuals not resident in the polling division at which they were vouching, contrary to the Act.

Irregularities in registration led the application judge to set aside votes cast under the registration certificate procedure at polls 426, 174, 89 and 31. He did not err in setting aside 38 votes on this basis. Individuals voting by registration certificate must make a declaration of qualification, certifying their age and citizenship. This requirement is vital to entitlement to vote.

The evidence supported the application judge’s conclusion that no declaration of qualification was made

dû être enregistrés. Si le nombre de ces votes est égal ou supérieur à la majorité du vainqueur, ils influent sur le résultat de l’élection et l’élection devrait être annulée.

Étant donné que les résultats électoraux bénéficient d’une présomption de régularité, il incombe au requérant d’établir, selon la prépondérance des probabilités, l’existence d’« irrégularité[s] [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection ». En l’occurrence, le requérant devait démontrer que des irrégularités ont fait en sorte que des électeurs ont voté sans en avoir le droit. En l’absence d’erreur manifeste et dominante, il n’y a pas lieu de modifier les conclusions d’un juge sur la question de savoir si un électeur a pris les mesures prescrites par la Loi pour avoir le droit de voter.

En l’espèce, le juge saisi de la requête a appliqué le bon fardeau de preuve et, bien qu’il ait écarté à tort certains votes, il n’a pas commis d’erreur à l’égard de 65 bulletins de vote émanant de personnes qui n’avaient pas le droit de voter. Comme ce nombre excède la majorité de 26 voix obtenue, l’élection doit être annulée.

Des irrégularités concernant l’identification ont amené le juge saisi de la requête à écarter des votes aux bureaux de scrutin n°s 21, 174, 502 et 30. Il n’a pas commis d’erreur en rejetant 27 votes sur ce fondement. Ces votes émanaient de personnes qui ont utilisé la procédure relative à la prestation d’un serment et à l’identification par un répondant prévu par la Loi pour s’identifier au bureau de scrutin.

Au bureau de scrutin n° 21, la preuve étayait la conclusion du juge saisi de la requête que huit électeurs devaient être accompagnés d’un répondant, mais que personne n’avait répondu d’eux. De même, le juge n’a pas commis d’erreur en concluant que la procédure d’identification par un répondant n’avait pas été suivie correctement dans le cas de huit électeurs au bureau de scrutin n° 174. Enfin, les répondants de sept électeurs au bureau de scrutin n° 502 et de quatre électeurs au bureau de scrutin n° 30 ne résidaient pas dans la section de vote où ils ont agi à ce titre, comme l’exigeait la Loi.

Des irrégularités concernant l’inscription ont amené le juge saisi de la requête à écarter des votes enregistrés selon la procédure relative aux certificats d’inscription aux bureaux de scrutin n°s 426, 174, 89 et 31. Il n’a pas commis d’erreur en rejetant 38 votes sur ce fondement. Les personnes qui votent sur remise d’un certificat d’inscription doivent signer une déclaration de qualité d’électeur, attestant leur âge et leur citoyenneté. Il s’agit d’une condition essentielle pour avoir le droit de voter.

Il existait des éléments de preuve à l’appui de la conclusion du juge saisi de la requête que 26 électeurs

for 26 registration certificate voters at poll 426. No registration certificates were found for these voters and the relevant pages of the poll book were blank. The application judge did not err in concluding that the required declaration was not made by one registration certificate voter at poll 174 and nine registration certificate voters at poll 89. The evidence supporting these findings included the absence of voter signatures from the declaration of qualification on the registration certificates.

Regarding 15 votes cast by registration certificate voters at poll 31, the evidence supported the application judge's conclusion that declarations of qualification were never made. The registration certificates could not be found. However, while two of those votes were properly set aside by the application judge, the remaining 13 should not have been. Three voters had already satisfied the registration prerequisite of entitlement by being on the list of electors for polling division 31. The remaining 10 voters were on lists of electors for other polling divisions within the electoral district. In the circumstances, the fact that votes were cast at the wrong polling station within the riding was a technical or trivial deficiency and not an irregularity within the meaning of s. 524(1)(b).

Since the 65 votes properly set aside exceed the 26-vote plurality, the election should be annulled.

The motion to adduce fresh evidence should be dismissed. After-the-fact information that a non-entitled voter was qualified is not relevant to whether he or she was entitled to receive a ballot on election day. Furthermore, the reliability of the evidence in this case is questionable. Moreover, admitting the evidence could not affect the disposition of the appeal, given the number of votes that were properly set aside by the application judge.

Cases Cited

By Rothstein and Moldaver JJ.

Applied: *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; **approved:** *Camsell v. Rabesca*, [1987] N.W.T.R. 186; *Flookes and Long v. Shrake* (1989), 100 A.R. 98; **disapproved:** *O'Brien v. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87; *Nielsen v. Simmons* (1957), 14 D.L.R. (2d) 446; *Hogan*

ayant voté sur remise d'un certificat d'inscription au bureau de scrutin n° 426 n'ont pas signé de déclaration de qualité d'électeur. Aucun certificat d'inscription n'a été retrouvé pour ces électeurs et les pages pertinentes du cahier de scrutin sont demeurées vierges. Le juge saisi de la requête n'a pas commis d'erreur en concluant qu'un électeur au bureau de scrutin n° 174 et neuf électeurs au bureau de scrutin n° 89 n'avaient pas fait la déclaration requise. La preuve étant ces conclusions consistait notamment en l'absence de la signature des électeurs sous la déclaration de qualité d'électeur sur le certificat d'inscription.

En ce qui concerne 15 électeurs ayant voté sur remise d'un certificat d'inscription au bureau de scrutin n° 31, il existait des éléments de preuve à l'appui de la conclusion du juge saisi de la requête que les électeurs n'avaient jamais attesté leur qualité d'électeur. Les certificats d'inscription n'ont pu être retrouvés. Néanmoins, bien que deux de ces votes aient été écartés à juste titre, les 13 autres n'auraient pas dû être rejetés. Trois électeurs avaient déjà satisfait à la condition concernant l'inscription pour avoir le droit de voter vu leur inclusion dans la liste électorale établie pour la section de vote n° 31. Les 10 autres électeurs figuraient sur la liste électorale établie pour d'autres sections de vote de la circonscription. Dans ces circonstances, le fait que ces électeurs aient voté au mauvais bureau de scrutin à l'intérieur de la circonscription constituait un manquement de pure forme ou insignifiant et ne constituait pas une irrégularité au sens de l'al. 524(1)b.

Comme 65 votes ont été écartés à bon droit et comme ce nombre est supérieur à la majorité de 26 voix obtenue, l'élection doit être annulée.

La requête en présentation d'une nouvelle preuve doit être rejetée. Les renseignements obtenus après coup sur la qualité d'électeur d'une personne n'ayant pas le droit de voter ne jouent pas pour établir si cette personne pouvait recevoir un bulletin de vote le jour du scrutin. Par ailleurs, la preuve en cause ici est d'une fiabilité douteuse. En outre, l'admission de cette preuve n'aurait aucune incidence sur l'issue de l'appel, compte tenu du nombre de votes rejetés à bon droit par le juge saisi de la requête.

Jurisprudence

Citée par les juges Rothstein et Moldaver

Arrêt appliqué : *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; **arrêts approuvés :** *Camsell c. Rabesca*, [1987] N.W.T.R. 186; *Flookes and Long c. Shrake* (1989), 100 A.R. 98; **arrêts critiqués :** *O'Brien c. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87; *Nielsen c.*

v. Careen and Hickey (1993), 116 Nfld. & P.E.I.R. 310; *Blanchard v. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316; **referred to:** *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Henry v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70; *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481, aff'd [1993] 2 S.C.R. 438; *Belczowski v. Canada*, [1992] 2 F.C. 440, aff'd [1993] 2 S.C.R. 438; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Longley v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 852, 88 O.R. (3d) 408, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. x; 2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool), [1996] 3 S.C.R. 919; *Cusimano v. Toronto (City)*, 2011 ONSC 7271, 287 O.A.C. 355; *Abrahamson v. Baker and Smishek* (1964), 48 D.L.R. (2d) 725; *Beamish v. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160.

By McLachlin C.J. (dissenting)

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Knott*, 2012 SCC 42, [2012] 2 S.C.R. 470; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827; *Henry v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Beamish v. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160; *Wright v. Koziak*, [1981] 1 W.W.R. 449; *Morgan v. Simpson*, [1974] 3 All E.R. 722; *O'Brien v. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87; *Blanchard v. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316; *McMechan v. Dow* (1968), 67 D.L.R. (2d) 56; *Pharmascience Inc. v. Binet*, 2006 SCC 48, [2006] 2 S.C.R. 513; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Dewdney Election Case*, [1925] 3 D.L.R. 770; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

Statutes and Regulations Cited

Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, Part 1, ss. 3, 6, 32, 44, 93, 96 et seq., 106, 109, 120(1), 125, Part 9, 143, 144, 148.1, 149, 161, 162, 509, 510, 511, 517, Part 20, 524, 525(3), 531, 532(1), 538.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 3, 33.
Constitution Act, 1867, ss. 40, 51, 51A.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 3, 47.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 62(3).

Simmons (1957), 14 D.L.R. (2d) 446; *Hogan c. Careen and Hickey* (1993), 116 Nfld. & P.E.I.R. 310; *Blanchard c. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316; **arrêts mentionnés :** *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Henry c. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70; *Sauvé c. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481, conf. par [1993] 2 R.C.S. 438; *Belczowski c. Canada*, [1992] 2 C.F. 440, conf. par [1993] 2 R.C.S. 438; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Longley c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 852, 88 O.R. (3d) 408, autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. x; 2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool), [1996] 3 R.C.S. 919; *Cusimano c. Toronto (City)*, 2011 ONSC 7271, 287 O.A.C. 355; *Abrahamson c. Baker and Smishek* (1964), 48 D.L.R. (2d) 725; *Beamish c. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente)

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Knott*, 2012 CSC 42, [2012] 2 R.C.S. 470; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827; *Henry c. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Beamish c. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160; *Wright c. Koziak*, [1981] 1 W.W.R. 449; *Morgan c. Simpson*, [1974] 3 All E.R. 722; *O'Brien c. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87; *Blanchard c. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316; *McMechan c. Dow* (1968), 67 D.L.R. (2d) 56; *Pharmascience inc. c. Binet*, 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Dewdney Election Case*, [1925] 3 D.L.R. 770; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 3, 33.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 40, 51, 51A.
Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, partie 1, art. 3, 6, 32, 44, 93, 96 et suiv., 106, 109, 120(1), 125, partie 9, 143, 144, 148.1, 149, 161, 162, 509, 510, 511, 517, partie 20, 524, 525(3), 531, 532(1), 538.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 62(3).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, r. 3, 47.

Authors Cited

- Boyer, J. Patrick. *Election Law in Canada: The Law and Procedure of Federal, Provincial and Territorial Elections*, vol. I. Toronto: Butterworths, 1987.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Huefner, Steven F. "Remedying Election Wrongs" (2007), 44 *Harv. J. on Legis.* 265.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed., vol. VIII. Oxford: Clarendon Press, 1989, "irregular".
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Superior Court of Justice (Lederer J.), 2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350, [2012] O.J. No. 2308 (QL), 2012 CarswellOnt 6422, allowing a contested election application. Appeal allowed and cross-appeal dismissed, McLachlin C.J. and LeBel and Fish JJ. dissenting.

W. Thomas Barlow, Kent E. Thomson, Matthew I. Milne-Smith and Nicholas Shkordoff, for the appellant/respondent Ted Opitz.

Gavin J. Tighe, Stephen A. Thiele and Guy Régimbald, for the respondent/appellant Borys Wrzesnewskyj.

David Di Paolo, Alessandra Nosko and Trevor Knight, for the respondents Marc Mayrand (Chief Electoral Officer) and Allan Sperling (Returning Officer, Etobicoke Centre).

Written submissions only by the respondent Sarah Thompson.

Harold Turnham, for the intervener Keith Archer (Chief Electoral Officer of British Columbia).

William W. Shores, Q.C., and *Fiona Vance*, for the intervener O. Brian Fjeldheim (Chief Electoral Officer of Alberta).

Allison A. Thornton and Shashu Clacken Reyes, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Doctrine et autres documents cités

- Boyer, J. Patrick. *Election Law in Canada : The Law and Procedure of Federal, Provincial and Territorial Elections*, vol. I. Toronto : Butterworths, 1987.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Grand Robert de la langue française* (version électronique), « irrégulier ».
- Huefner, Steven F. « Remedying Election Wrongs » (2007), 44 *Harv. J. on Legis.* 265.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un jugement de la Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Lederer), 2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350, [2012] O.J. No. 2308 (QL), 2012 CarswellOnt 6422, accueillant une requête en contestation d'une élection. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges LeBel et Fish sont dissidents.

W. Thomas Barlow, Kent E. Thomson, Matthew I. Milne-Smith et Nicholas Shkordoff, pour l'appellant/intimé Ted Opitz.

Gavin J. Tighe, Stephen A. Thiele et Guy Régimbald, pour l'intimé/appelant Borys Wrzesnewskyj.

David Di Paolo, Alessandra Nosko et Trevor Knight, pour les intimés Marc Mayrand (directeur général des élections) et Allan Sperling (directeur de scrutin, Etobicoke-Centre).

Argumentation écrite seulement de l'intimée Sarah Thompson.

Harold Turnham, pour l'intervenant Keith Archer (Chief Electoral Officer of British Columbia).

William W. Shores, c.r., et *Fiona Vance*, pour l'intervenant O. Brian Fjeldheim (Chief Electoral Officer of Alberta).

Allison A. Thornton et Shashu Clacken Reyes, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

No one appeared for the respondent the Attorney General of Canada.

No one appeared for the respondent Katarina Zoricic.

The judgment of Deschamps, Abella, Rothstein and Moldaver JJ. was delivered by

ROTHSTEIN AND MOLDAVER JJ. —

I. Introduction

[1] A candidate who lost in a close federal election attempts to set aside the result of that election. We are asked to disqualify the votes of several Canadian citizens based on administrative mistakes, notwithstanding evidence that those citizens were in fact entitled to vote. We decline the invitation to do so. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9 (“Act”), have the clear and historic purposes of enfranchising Canadian citizens, such that they may express their democratic preference, and of protecting the integrity of our electoral process. Following these objectives and the wording of the Act, we reject the candidate’s attempt to disenfranchise entitled voters and so undermine public confidence in the electoral process.

[2] At issue in this appeal are the principles to be applied when a federal election is challenged on the basis of “irregularities”. We are dealing here with a challenge based on administrative errors. There is no allegation of any fraud, corruption or illegal practices. Nor is there any suggestion of wrongdoing by any candidate or political party. Given the complexity of administering a federal election, the tens of thousands of election workers involved, many of whom have no on-the-job experience, and the short time frame for hiring and training them, it is inevitable that administrative mistakes will be made. If elections can be easily annulled on the basis of administrative errors, public confidence in the finality and legitimacy of election results will

Personne n'a comparu pour l'intimé le procureur général du Canada.

Personne n'a comparu pour l'intimée Katarina Zoricic.

Version française du jugement des juges Deschamps, Abella, Rothstein et Moldaver rendu par

LES JUGES ROTHSTEIN ET MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Un candidat défait de justesse lors d'une élection fédérale tente d'obtenir l'annulation du résultat du scrutin. On nous demande de rejeter les votes de plusieurs citoyens canadiens en raison d'erreurs administratives même si, selon la preuve, ces citoyens avaient en fait le droit de voter. Nous ne ferons pas droit à cette demande. La *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9 (« Loi »), visent clairement depuis toujours à favoriser la participation au scrutin pour les citoyens canadiens, afin qu'ils expriment démocratiquement leurs préférences, et à préserver l'intégrité de notre processus électoral. Compte tenu de ces objets et du libellé de la Loi, nous rejetons la tentative de ce candidat d'empêcher des électeurs ayant le droit de voter de participer au scrutin et d'ébranler ainsi la confiance du public dans le processus électoral.

[2] Le pourvoi porte sur les principes applicables dans les cas où une élection fédérale est contestée pour cause d’« irrégularité ». Nous sommes ici en présence d'une contestation fondée sur des erreurs administratives. Personne n'a allégué quelque fraude, manœuvre frauduleuse ni acte illégal que ce soit. Rien n'indique non plus qu'un acte répréhensible a été commis par un candidat ou un parti politique quelconque. Vu la complexité de l'administration d'une élection fédérale, les dizaines de milliers de travailleurs électoraux en cause, dont beaucoup n'ont aucune expérience pratique, et la courte période durant laquelle il faut les embaucher et les former, les erreurs administratives sont inévitables. Si les élections peuvent être facilement

be eroded. Only irregularities that affect the result of the election and thereby undermine the integrity of the electoral process are grounds for overturning an election.

[3] The 41st Canadian federal election took place on May 2, 2011. In the electoral district (or “riding”) of Etobicoke Centre, 52,794 votes were cast. After a judicial recount, Ted Opitz was the successful candidate with a plurality of 26 votes. Borys Wrzesnewskyj was the runner-up.

[4] Mr. Wrzesnewskyj applied under s. 524(1)(b) of the Act, to have the election annulled, on the basis that there were “irregularities . . . that affected the result of the election”. The relevant provisions of the Act are contained in the Appendix to these reasons. The application was heard by Justice Lederer of the Ontario Superior Court of Justice (2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350). Lederer J. concluded that 79 votes amounted to irregularities that affected the result of the election. He declared the election “null and void” (para. 154). Mr. Opitz appealed as of right to this Court and Mr. Wrzesnewskyj cross-appealed (s. 532(1) of the Act).

[5] For the reasons that follow, we would allow the appeal and dismiss the cross-appeal. While we have only discussed 59 votes in these reasons, from our analysis of all of the evidence, we have no reason to believe that any of the other 20 voters did not in fact have the right to vote.

II. Ontario Superior Court of Justice, 2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350

[6] The application proceeded on the basis that no fraud or wrongdoing was alleged. The submissions were restricted to alleged irregularities. In conformity with the statutory direction to resolve the contest in a summary way (s. 525(3) of the Act), Mr. Wrzesnewskyj agreed to limit his submissions

annulées sur la base d’erreurs administratives, la confiance du public dans le caractère définitif et la légitimité des résultats électoraux s’en trouvera affaiblie. Seules des irrégularités influant sur le résultat de l’élection et entachant par le fait même l’intégrité du processus électoral justifient l’annulation d’une élection.

[3] La 41^e élection fédérale canadienne a eu lieu le 2 mai 2011. Cinquante-deux mille sept cent quatre-vingt-quatorze personnes ont voté dans la circonscription d’Etobicoke-Centre. Ted Opitz a été élu avec une majorité de 26 voix à l’issue d’un dépouillement judiciaire. Borys Wrzesnewskyj s’est classé deuxième.

[4] M. Wrzesnewskyj a demandé l’annulation de l’élection en vertu de l’al. 524(1)b) de la Loi, pour cause d’« irrégularité[s] [...] ayant influé sur le résultat de l’élection ». Les dispositions pertinentes de la Loi sont reproduites en annexe des présents motifs. La requête a été entendue par le juge Lederer, de la Cour supérieure de justice de l’Ontario (2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350), qui a conclu que 79 votes constituaient des irrégularités ayant influé sur le résultat de l’élection. Il a constaté la [TRADUCTION] « nullité » de l’élection de M. Opitz (par. 154). Ce dernier s’est pourvu de plein droit devant notre Cour et M. Wrzesnewskyj a formé un appel incident (par. 532(1) de la Loi).

[5] Pour les motifs exposés ci-après, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi et de rejeter l’appel incident. Même s’il n’est question que de 59 votes dans les présents motifs, nous n’avons aucune raison de croire, après avoir analysé toute la preuve, que l’un des 20 autres électeurs n’avait en fait pas le droit de vote.

II. Cour supérieure de justice de l’Ontario, 2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350

[6] La Cour supérieure de justice a entendu la requête en considérant qu’elle ne comportait aucune allégation de fraude ou d’acte répréhensible. Le débat n’a porté que sur de prétendues irrégularités. Conformément à la directive législative portant que le litige doit être réglé selon la procédure

to alleged irregularities at 10 of the more than 230 polls that made up the electoral district of Etobicoke Centre.

[7] The application judge first observed that when examining the conduct of an election, there is a presumption that it was conducted in accordance with the requirements of the governing legislation (para. 26). He further found that the onus was on the applicant throughout to prove, on a balance of probabilities, that there were irregularities and that they affected the result (paras. 45 and 51).

[8] The application judge next determined that the purpose of the Act was to enfranchise Canadian citizens (paras. 56-60). Hence, the legislation was to be interpreted liberally because a strict interpretation could detract from that goal. However, he also found that the word “irregularity”, an undefined term in the Act, should be given a broad interpretation (paras. 62 and 67).

[9] Finally, in determining whether an irregularity “affected the result of the election”, the application judge concluded that if the number of irregular votes exceeded the plurality of the winning candidate, in this case 26, the election could not stand (para. 71). The application judge set aside a total of 79 votes. Because the number of votes set aside, 79, exceeded the plurality of 26, he declared the election “null and void”.

III. Analysis

A. The Canada Elections Act

[10] The right of every citizen to vote, guaranteed by s. 3 of the *Charter*, lies at the heart of Canadian democracy. The franchise has gradually broadened in Canada over the course of history from male property owners 21 years of age and older to the present universal suffrage of citizens aged 18 and over. Universal suffrage is reflected in s. 3 of the Act, which provides that a person is “qualified” to vote if he or she is a Canadian citizen and is 18 years of age or older.

sommaire (par. 525(3) de la Loi), M. Wrzesnewskyj a accepté de limiter ses allégations d’irrégularités à 10 bureaux de scrutin de la circonscription d’Etobicoke-Centre, qui en comptait plus de 230.

[7] Le juge saisi de la requête a d’abord précisé qu’une élection est présumée avoir été tenue en conformité avec la loi applicable (par. 26). Selon lui, il incombe toujours au requérant d’établir selon la prépondérance des probabilités que des irrégularités sont survenues et qu’elles ont influé sur le résultat (par. 45 et 51).

[8] Le juge saisi de la requête a ensuite conclu que la Loi a pour objet de faciliter la participation au scrutin pour les citoyens canadiens (par. 56-60). La Loi doit donc recevoir une interprétation libérale, parce que l’interpréter strictement pourrait nuire à la réalisation de cet objet. Par contre, il a aussi statué que le terme « irrégularité », non défini dans la Loi, doit recevoir une interprétation large (par. 62 et 67).

[9] Enfin, lorsqu’il a déterminé si une irrégularité avait « influé sur le résultat de l’élection », le juge saisi de la requête a constaté que la validité de l’élection ne pouvait être confirmée si le nombre de votes irréguliers dépassait la majorité du candidat élu, en l’occurrence 26 voix (par. 71). Or, il a écarté 79 votes en tout et, comme ce nombre était supérieur à la majorité de 26 voix, il a constaté la [TRADUCTION] « nullité » de l’élection.

III. Analyse

A. La Loi électorale du Canada

[10] Le droit de vote, garanti à tout citoyen par l’art. 3 de la *Charte*, est au cœur même de la démocratie canadienne. Le droit de participer au scrutin s’est étendu progressivement au Canada; d’abord réservé aux propriétaires terriens de sexe masculin âgés de 21 ans ou plus, il est maintenant reconnu à tous les citoyens âgés d’au moins 18 ans. Le suffrage universel trouve son expression dans l’art. 3 de la Loi, qui accorde la « qualité » d’électeur à toute personne qui est citoyen canadien et qui a atteint l’âge de 18 ans.

[11] Canada is divided into “electoral districts” (commonly known as “ridings”): *Charter*, s. 3, and *Constitution Act, 1867*, ss. 40, 51 and 51A. Etobicoke Centre is an electoral district. Section 6 of the Act requires that a qualified elector be ordinarily resident in one of the polling divisions within the electoral district. Persons who are qualified as electors are entitled to vote for a member of Parliament for the electoral district in which the elector is ordinarily resident.

[12] The Act also sets out detailed procedures for voting that turn the constitutional right of citizens to vote into a reality on election day. What follows is a brief description of the procedural provisions that give rise to the issues in this appeal.

[13] Electoral districts in Canada are subdivided into polling divisions, each of which contains at least 250 electors (s. 538 of the Act). For each polling division, a returning officer establishes one or more polling stations (s. 120(1)). Each polling division considered in this judgment had only one polling station. Each station is overseen by a deputy returning officer (“DRO”) and a poll clerk (s. 32). Sometimes several polling divisions may have polling stations in the same building, at separate tables. Certain polling divisions cover only residents of two or more institutions, often senior citizens’ residences. In such cases, the returning officer can establish “mobile” polling stations to be located in each of the institutions (ss. 125 and 538(5)). The Chief Electoral Officer (“CEO”) is required to maintain a national register of electors (“NROE”) containing the name, sex, date of birth and address of electors (s. 44). Between elections, the CEO updates the NROE using data from various government sources. Shortly after an election is called, the CEO prepares a preliminary list of electors (“PLE”) for each polling division, based on the NROE (s. 93). A process of revision of the PLE is then undertaken (ss. 96 ff.). Before polling day, official lists of electors (“OLEs”) are prepared for use at each polling station (s. 106).

[11] Le Canada se divise en « circonscriptions » (aussi appelées « districts électoraux ») : *Charte*, art. 3, et *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 40, 51 et 51A. Etobicoke-Centre est une circonscription. L’article 6 de la Loi exige qu’une personne qui a qualité d’électeur réside habituellement dans l’une des sections de vote de la circonscription. Les personnes qui ont qualité d’électeur ont le droit de voter pour élire le député de la circonscription dans laquelle elles résident habituellement.

[12] La Loi prévoit aussi des procédures de scrutin détaillées qui permettent aux citoyens d’exercer concrètement leur droit de vote garanti par la Constitution le jour du scrutin. Dans les paragraphes qui suivent, nous décrirons brièvement les dispositions procédurales à l’origine des questions en litige dans le pourvoi.

[13] Au Canada, les circonscriptions se divisent en sections de vote dont chacune compte au moins 250 électeurs (art. 538 de la Loi). Pour chaque section de vote, le directeur du scrutin établit un ou plusieurs bureaux de scrutin (par. 120(1)). Un seul bureau de scrutin avait été établi pour chacune des sections de vote dont il est question dans le présent arrêt. Chaque bureau est supervisé par un scrutateur et un greffier du scrutin (art. 32). Il arrive parfois que les bureaux de scrutin de plusieurs sections de vote se trouvent dans le même immeuble, à des tables différentes. Certaines sections de vote ne comprennent que les résidents de deux établissements ou plus, qui sont souvent des résidences pour personnes âgées. Dans ce cas, le directeur du scrutin peut établir des bureaux de scrutin « itinérants » situés dans chacun des établissements (art. 125 et par. 538(5)). Le directeur général des élections (« DGÉ ») doit tenir un registre national des électeurs (« RNÉ ») qui contient les nom, sexe, date de naissance et adresse des électeurs (art. 44). Entre les élections, le DGÉ met le RNÉ à jour au moyen de données provenant de diverses sources gouvernementales. Peu après l’annonce d’une élection, le DGÉ dresse une liste préliminaire des électeurs (« LPÉ ») pour chaque section de vote en se fondant sur le RNÉ (art. 93). On procède ensuite à la révision de la LPÉ (art. 96 et suiv.). Avant le jour du scrutin, des listes électorales officielles (« LÉO ») sont dressées pour utilisation à chaque bureau de scrutin (art. 106).

[14] Many electors will be on the OLE of their assigned polling division, by “enumeration”. Since age and citizenship are prerequisites for inclusion on the OLE, those listed do not have to establish their age and citizenship when they come to vote. To vote, these electors must prove their identity and residence by one of three means: (a) providing government-issued identification with photo and address (s. 143(2)(a)); (b) providing two pieces of authorized identification, at least one of which establishes their address (s. 143(2)(b)); or (c) taking a prescribed oath and being vouched for by someone on the OLE in the same polling division (s. 143(3)). Once identity and residence are established, the voter is given a ballot.

[15] Electors who are not on the OLE can have their names added on election day by the process of “registration” (s. 161(1)). To register, the elector must provide proof of identity and residence. Where the elector satisfies these requirements, the DRO will complete a registration certificate and the elector will sign it (s. 161(4)). Electors who register must also establish their age and citizenship. This is accomplished by signing a declaration to that effect, which appears on the registration certificate.

[16] Section 161(5) of the Act provides that, where a registration certificate is completed, the OLE is deemed to have been modified in accordance with the certificate. After polling day, the returning officer uses the registration certificates to update the OLE, and the CEO creates a final list of electors (“FLE”) for each electoral district (s. 109). The FLE is an updated list containing the names of those electors who were enumerated on the OLE as well as those who voted by registration.

[17] Vouching is a procedure designed to enable persons to vote who lack appropriate identification. An elector may prove his or her identity by being vouched for by a person whose name appears on the list of electors for the same polling division. A voucher can only vouch once. A person who has been vouched for cannot vouch for someone else in the same election (s. 161(1)(b), (6) and (7)).

[14] Bon nombre d'électeurs figurent déjà sur la LÉO de la section de vote qui leur est assignée. Comme l'âge et la citoyenneté sont des conditions préalables à l'inscription sur la LÉO, une personne inscrite sur celle-ci n'a pas à établir son âge et sa citoyenneté quand elle se présente pour voter. Elle doit toutefois établir son identité et sa résidence de l'une des trois façons suivantes : (a) présenter une pièce d'identité délivrée par un gouvernement et comportant sa photographie et son adresse (al. 143(2)a)); (b) présenter deux pièces d'identité autorisées dont au moins une établit son adresse (al. 143(2)b)); ou (c) prêter le serment prescrit et avoir comme répondant un électeur inscrit sur la LÉO de la même section de vote (par. 143(3)). Une fois son identité et sa résidence établies, l'électeur reçoit un bulletin de vote.

[15] Les électeurs qui ne figurent pas sur la LÉO peuvent, le jour du scrutin, y faire ajouter leur nom par voie d'« inscription » (par. 161(1)). Pour ce faire, l'électeur doit établir son identité et sa résidence. Si l'électeur satisfait à ces exigences, le scrutateur remplit un certificat d'inscription et le fait signer par l'électeur (par. 161(4)). Les électeurs qui s'inscrivent ainsi sont tenus d'établir aussi leur âge et leur citoyenneté. Ils le font en signant une déclaration à cet effet sur le certificat d'inscription.

[16] Selon le par. 161(5) de la Loi, la LÉO est réputée avoir été modifiée en conformité avec tout certificat d'inscription délivré. Après le jour du scrutin, le directeur du scrutin utilise les certificats d'inscription pour mettre la LÉO à jour et le DGÉ dresse une liste électorale définitive (« LÉD ») pour chaque circonscription (art. 109). La LÉD est une liste à jour des électeurs inscrits à l'origine sur la LÉO et de ceux qui ont voté en s'inscrivant le jour du scrutin.

[17] La procédure d'identification par un répondant vise à permettre aux personnes qui n'ont pas de pièces d'identité adéquates de voter. L'électeur peut établir son identité à l'aide d'un répondant dont le nom figure sur la liste électorale de la même section de vote. Une personne ne peut répondre que d'un seul électeur. La personne pour laquelle quelqu'un d'autre s'est porté répondant ne peut agir à ce titre à la même élection (al. 161(1)b) et par. 161(6) et (7)).

[18] The Act also establishes requirements for record-keeping by election officials. After the issue of the writ to call an election, a returning officer appoints one DRO and one poll clerk for each polling station in the electoral district for which he or she is responsible (s. 32). Once the DRO is satisfied that an elector's identity and residence have been proven, the name of the elector is crossed off the OLE and the elector is allowed to vote (s. 143(4)). Once the elector has voted, the poll clerk is required to indicate on the list that the vote was cast by placing a check mark in a box set aside for that purpose (s. 162(b)). The poll clerk is also required to make entries in a "poll book". The required entries include various matters, such as whether an elector has taken an oath, the type of oath he or she has taken and the fact that the elector has voted using a registration certificate (s. 162(f) and (j)).

B. Interpreting the Relevant Statutory Provision

(1) Part 20 of the Act

[19] Part 20 of the Act deals with contested elections. Section 524(1) provides:

524. (1) Any elector who was eligible to vote in an electoral district, and any candidate in an electoral district, may, by application to a competent court, contest the election in that electoral district on the grounds that

- (a) under section 65 the elected candidate was not eligible to be a candidate; or
- (b) there were irregularities, fraud or corrupt or illegal practices that affected the result of the election.

[20] The remedy the court may provide is in s. 531(2):

531. . . .

(2) After hearing the application, the court may dismiss it if the grounds referred to in paragraph 524(1)(a) or (b), as the case may be, are not established and, where they are established, shall declare the election null and void or may annul the election, respectively.

The use of the word "respectively" means that where the grounds in s. 524(1)(a) are established, a

[18] La Loi établit en outre des exigences relatives à la tenue de registres par les fonctionnaires électoraux. Après la délivrance du bref d'élection, le directeur du scrutin nomme un scrutateur et un greffier du scrutin pour chaque bureau de scrutin de la circonscription dont il est responsable (art. 32). Lorsque le scrutateur est convaincu que l'identité et la résidence de l'électeur ont été établies, le nom de l'électeur est rayé de la LÉO et l'électeur est admis à voter (par. 143(4)). Une fois que l'électeur a voté, le greffier du scrutin doit indiquer sur la liste que l'électeur a voté en cochant une case placée à cette fin à côté de son nom (al. 162b)). Le greffier du scrutin doit aussi consigner certains renseignements dans un « cahier du scrutin ». Il doit notamment indiquer si l'électeur a prêté serment, le type de serment qu'il a prêté et si l'électeur a voté sur remise d'un certificat d'inscription (al. 162f) et j)).

B. Interprétation des dispositions législatives pertinentes

(1) Partie 20 de la Loi

[19] La partie 20 de la Loi porte sur la contestation d'une élection. Voici ce que prévoit le par. (1) de l'art. 524 :

524. (1) Tout électeur qui était habile à voter dans une circonscription et tout candidat dans celle-ci peuvent, par requête, contester devant le tribunal compétent l'élection qui y a été tenue pour les motifs suivants :

- a) inéligibilité du candidat élu au titre de l'article 65;
- b) irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal ayant influé sur le résultat de l'élection.

[20] La réparation que le tribunal peut accorder figure au par. 531(2) :

531. . . .

(2) Au terme de l'audition, [le tribunal] peut rejeter la requête; si les motifs sont établis et selon qu'il s'agit d'une requête fondée sur les alinéas 524(1)a ou b), il doit constater la nullité de l'élection du candidat ou il peut prononcer son annulation.

L'emploi des mots « selon qu'il s'agit » indique que le tribunal *doit* constater la nullité de l'élection du

court *must* declare the election null and void; where the grounds in s. 524(1)(b) are established, a court *may* annul the election. Conversely, a court may not annul an election unless the grounds in s. 524(1)(b) are established.

[21] The French version of the Act confirms this interpretation:

531. . .

(2) Au terme de l'audition, [le tribunal] peut rejeter la requête; si les motifs sont établis et selon qu'il s'agit d'une requête fondée sur les alinéas 524(1)a ou b, il doit constater la nullité de l'élection du candidat ou il peut prononcer son annulation.

[22] Under those provisions, if the grounds in para. (a) of s. 524(1) are established (the elected candidate was ineligible), then a court must declare the election null and void. In such circumstances it is as if no election was held. By contrast, if the grounds in para. (b) are established (there were irregularities, fraud or corrupt or illegal practices that affected the result of the election), a court *may* annul the election. Under these circumstances, a court must decide whether the election held was compromised in such a way as to justify its annulment.

[23] In deciding whether to annul an election, an important consideration is whether the number of impugned votes is sufficient to cast doubt on the true winner of the election or whether the irregularities are such as to call into question the integrity of the electoral process. Since voting is conducted by secret ballot in Canada, this assessment cannot involve an investigation into voters' actual choices. If a court is satisfied that, because of the rejection of certain votes, the winner is in doubt, it would be unreasonable for the court not to annul the election.

(2) Meaning of “Irregularities . . . That Affected the Result of the Election”

[24] This case involves interpreting the phrase “irregularities . . . that affected the result of the election”. The phrase is composed of two elements:

candidat si le motif visé à l'al. 524(1)a est établi; il *peut* prononcer son annulation si le motif visé à l'al. 524(1)b est établi. À l'inverse, le tribunal ne peut prononcer l'annulation d'une élection que si le motif visé à l'al. 524(1)b est établi.

[21] Cette interprétation est confirmée par la version anglaise de la Loi :

531. . .

(2) After hearing the application, the court may dismiss it if the grounds referred to in paragraph 524(1)(a) or (b), as the case may be, are not established and, where they are established, shall declare the election null and void or may annul the election, respectively.

[22] Aux termes de ces dispositions, le tribunal doit constater la nullité de l'élection du candidat si le motif visé à l'al. 524(1)a est établi (inéligibilité du candidat élu). Dans ce cas, c'est comme si aucune élection n'avait eu lieu. En revanche, si c'est le motif visé à l'al. 524(1)b (irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal ayant influé sur le résultat de l'élection) qui est établi, le tribunal *peut* prononcer l'annulation de l'élection. Dans cette situation, le tribunal doit décider si l'élection qui a été tenue a été compromise à un point tel que son annulation est justifiée.

[23] Pour décider s'il y a lieu d'annuler une élection, il faut tenir compte d'une considération importante, soit celle de savoir si le nombre de votes contestés est suffisant pour jeter un doute sur l'identité du véritable vainqueur de l'élection ou si les irrégularités sont telles qu'elles mettent en question l'intégrité du processus électoral. Puisque les électeurs canadiens votent par scrutin secret, cette analyse ne peut porter sur le choix qu'ils ont réellement fait. Si le tribunal est convaincu que le rejet de certains votes laisse planer un doute sur la victoire du candidat élu, il serait déraisonnable que le tribunal n'annule pas l'élection.

(2) Sens des termes « irrégularité [...] ayant influé sur le résultat de l'élection »

[24] Il s'agit en l'espèce d'interpréter les termes « irrégularité [...] ayant influé sur le résultat de l'élection », qui comportent deux éléments :

“irregularities” and “affected the result”. As we shall explain, “irregularities” are serious administrative errors that are capable of undermining the electoral process — the type of mistakes that are tied to and have a direct bearing on a person’s right to vote.

[25] “Affected the result” asks whether someone not entitled to vote, voted. Manifestly, if a vote is found to be invalid, it must be discounted, thereby altering the vote count, and in that sense, affecting the election’s result. “Affected the result” could also include a situation where a person entitled to vote was improperly prevented from doing so, due to an irregularity on the part of an election official. That is not the case here and we need not address it.

[26] In construing the meaning of “irregularities . . . that affected the result”, we have taken into account a number of aides to statutory interpretation, among them: (1) the constitutional right to vote and the objectives of the Act; (2) the text and context of s. 524; and (3) the competing democratic values engaged.

(a) *The Constitutional Right to Vote and the Objectives of the Act*

[27] Canadian democracy is founded upon the right to vote. Section 3 of the *Charter* provides:

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

[28] The fundamental purpose of s. 3 of the *Charter* was described in *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, by Iacobucci J., for the majority, at para. 30:

In the final analysis, I believe that the Court was correct in *Haig* [v. Canada, [1993] 2 S.C.R. 995], to define s. 3 with reference to the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. Democracy,

« irrégularité » et « ayant influé sur le résultat ». Comme nous l’expliquerons plus loin, une « irrégularité » est une erreur administrative grave susceptible d’entacher le processus électoral — le genre d’erreur qui se rapporte au droit de vote d’une personne et qui a des répercussions directes sur celui-ci.

[25] Les termes « ayant influé sur le résultat » soulèvent la question de savoir si une personne a voté sans en avoir le droit. De toute évidence, le vote jugé invalide doit être écarté, ce qui a pour effet de modifier le décompte du scrutin et, en ce sens, d’influer sur le résultat de l’élection. Ces termes peuvent aussi viser la situation où une irrégularité de la part d’un fonctionnaire électoral a empêché à tort une personne de voter alors qu’elle en avait le droit. Ce genre de situation n’est pas en cause en l’espèce et point n’est besoin de l’examiner.

[26] Pour interpréter les termes « irrégularité [...] ayant influé sur le résultat » nous avons utilisé plusieurs outils d’interprétation législative, notamment : 1) le droit de vote garanti par la Constitution et les objets de la Loi; 2) le libellé et le contexte de l’art. 524; 3) les valeurs démocratiques opposées en cause.

a) *Le droit de vote garanti par la Constitution et les objets de la Loi*

[27] Le droit de vote est l’assise même de la démocratie canadienne. L’article 3 de la *Charte* prévoit :

3. Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

[28] S’exprimant au nom des juges majoritaires dans *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, le juge Iacobucci a décrit l’objet fondamental de l’art. 3 de la *Charte* au par. 30 :

En dernière analyse, je crois que dans l’arrêt *Haig* [c. Canada, [1993] 2 R.C.S. 995], notre Cour a eu raison de définir l’art. 3 en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral.

of course, is a form of government in which sovereign power resides in the people as a whole. In our system of democracy, this means that each citizen must have a genuine opportunity to take part in the governance of the country through participation in the selection of elected representatives. The fundamental purpose of s. 3, in my view, is to promote and protect the right of each citizen to play a meaningful role in the political life of the country. Absent such a right, ours would not be a true democracy.

[29] The constitutional guarantee of the right to vote in s. 3 of the *Charter* is a fundamental provision, not subject to constitutional override under s. 33 of the *Charter*. Section 3 provides that citizens have the right to vote “*in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly*”. The right to vote in the election of “members of the House of Commons” reflects Canada’s constitutional character as a parliamentary form of government. Citizens have the right to vote in a specific electoral district, choosing among various candidates who wish to be the Member of Parliament for that district: see *Henry v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70, at para. 139.

[30] Section 6 of the Act recognizes that all persons meeting the three requirements of age, citizenship and residence are “entitled” to vote. It reads:

6. Subject to this Act, every person who is qualified as an elector is entitled to have his or her name included in the list of electors for the polling division in which he or she is ordinarily resident and to vote at the polling station for that polling division.

Section 6 uses the term “polling division”. Polling divisions exist within electoral districts for administrative simplicity and voter convenience on election day (J. P. Boyer, *Election Law in Canada: The Law and Procedure of Federal, Provincial and Territorial Elections* (1987), vol. I, at p. 101). The *Charter* right to vote is for the Member of Parliament for the electoral district in which the voter resides.

[31] On a plain reading of s. 6, qualification and residence in a polling division give an individual

Évidemment, la démocratie est une forme de gouvernement où le pouvoir souverain appartient à la population dans son ensemble. Dans notre système démocratique, cela veut dire que tout citoyen doit avoir la possibilité réelle de prendre part au gouvernement du pays en participant à l’élection de représentants. Fondamentalement, l’art. 3 a selon moi pour objet d’encourager et de protéger le droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans la vie politique du pays. Sans un tel droit, notre système ne serait pas véritablement démocratique.

[29] La garantie constitutionnelle du droit de vote que l’on trouve à l’art. 3 de la *Charte* est une garantie fondamentale qui ne peut faire l’objet d’une dérogation constitutionnelle fondée sur l’art. 33 de la *Charte*. Selon l’art. 3, les citoyens ont le droit de vote pour élire les députés qui siègeront à la Chambre des communes. Ce droit illustre le caractère constitutionnel du Canada en tant qu’État parlementaire. Les citoyens ont le droit de voter dans une circonscription précise, en choisissant l’un des candidats qui aspirent à devenir le député de cette circonscription : voir *Henry c. Canada (Procureur général)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70, par. 139.

[30] L’article 6 de la Loi reconnaît que toute personne qui possède les trois attributs nécessaires, soit l’âge, la citoyenneté et la résidence, a le « droit de voter ». En voici le texte :

6. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, toute personne qui a qualité d’électeur a le droit de faire inscrire son nom sur la liste électorale pour la section de vote où elle réside habituellement et de voter au bureau de scrutin établi pour cette section de vote.

À l’article 6, le législateur utilise le terme « section de vote ». Les circonscriptions sont divisées en sections de votes par souci de simplicité administrative et de commodité pour les électeurs le jour du scrutin (J. P. Boyer, *Election Law in Canada: The Law and Procedure of Federal, Provincial and Territorial Elections* (1987), vol. I, p. 101). Le droit de vote garanti par la *Charte* demeure cependant celui d’élire le député de la *circonscription* où réside l’électeur.

[31] À la simple lecture de l’art. 6, il est clair qu’une personne ayant qualité d’électeur et résidant

the entitlement or right to be included on the list of electors for that polling division, and to vote. Section 6 *does not* provide that inclusion on the list of electors is a prerequisite to the right to vote. Such a reading reverses the effect of the provision. Entitlement to be on the list and entitlement to vote are consequences of being a citizen, being of age and being resident in the polling division.

[32] In this regard, it should be noted that s. 6 is a complete definition of “entitlement” in the Act. The definition is not altered by any other provision. “Entitlement” consists only of the fundamental requirements of age, citizenship, and residence.

[33] In so concluding, we recognize that the opening words of s. 6 are “[s]ubject to this Act”. However, a distinction must be made between the requirements of “entitlement” in s. 6 itself, which appears in Part 1 of the Act under the heading “Electoral Rights”, and the procedural mechanisms applicable on election day which appear in Part 9 of the Act under the heading “Voting”. The Act establishes procedures to allow those citizens who have the right to vote to do so on election day. For example, ss. 148.1 and 149, which appear in Part 9, require procedures to be followed in establishing identity and residence, and in registering, before voting. These are procedural provisions designed to satisfy election officials that voters have the attributes that entitle them to vote. The purpose of procedural provisions in the Act is to enfranchise those persons having a right to vote under s. 6, and to prevent persons without the right to vote, from voting.

[34] The procedural safeguards in the Act are important; however, they should not be treated as ends in themselves. Rather, they should be treated as a means of ensuring that only those who have the right to vote may do so. It is that end that must always be kept in sight.

dans une section de vote a le droit de figurer sur la liste électorale pour cette section de vote et le droit de voter. L’article 6 ne dispose pas que l’inscription sur la liste électorale est une condition préalable au droit de voter. Une telle interprétation inverse l’effet de la disposition. Le droit de figurer sur la liste et de voter sont des conséquences découlant de la citoyenneté, de l’âge et du fait de résider dans la section de vote en question.

[32] Il faut souligner à cet égard que, dans la Loi, l’art. 6 définit le droit de voter de façon exhaustive. Aucune autre disposition ne modifie cette définition. Celle-ci n’inclut rien d’autre que les attributs fondamentaux que sont l’âge, la citoyenneté et la résidence.

[33] Nous arrivons à cette conclusion tout en étant conscients que l’art. 6 débute par les mots « [s]ous réserve des dispositions [...] de la présente loi ». Il y a toutefois une distinction à faire entre les conditions du droit de voter fixées à l’art. 6, que l’on trouve dans la partie 1 de la Loi, sous la rubrique « Droits électoraux », et les mécanismes procéduraux applicables le jour du scrutin, que l’on trouve dans la partie 9 de la Loi, sous la rubrique « Scrutin ». La Loi établit des procédures qui permettent aux citoyens ayant le droit de vote d’exercer ce droit le jour du scrutin. À titre d’exemple, les art. 148.1 et 149, qui figurent dans la partie 9, fixent la procédure à suivre pour établir son identité et sa résidence et pour s’inscrire avant de voter. Il s’agit de dispositions procédurales conçues pour que les fonctionnaires électoraux aient l’assurance que les électeurs possèdent les attributs nécessaires pour avoir le droit de voter. Les dispositions procédurales de la Loi ont pour but de permettre aux personnes qui ont le droit de voter selon l’art. 6 de participer au scrutin et d’empêcher les personnes qui n’ont pas ce droit d’y participer.

[34] Les mesures de contrôle procédurales établies par la Loi sont importantes, mais ne doivent pas être considérées comme des fins en soi. Il faut plutôt les considérer comme un moyen de faire en sorte que seules les personnes qui ont le droit de vote puissent voter. C’est cette fin qu’il faut toujours garder à l’esprit.

[35] It is well accepted in the contested election jurisprudence that the purpose of the Act is to enfranchise all persons entitled to vote and to allow them to express their democratic preferences. Courts considering a denial of voting rights have applied a stringent justification standard: *Sauvé v. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.), and *Belczowski v. Canada*, [1992] 2 F.C. 440 (C.A.), both aff'd [1993] 2 S.C.R. 438.

[36] The words of an Act are to be read in their “entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. The constitutional right to vote and the enfranchising purpose of the Act are of central importance in construing the words “irregularities . . . that affected the result”.

[37] It is well recognized in the jurisprudence that where electoral legislation is found to be ambiguous, it should be interpreted in a way that is enfranchising: *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995. Although he was in dissent in that case, Cory J. made the following observations at pp. 1049-50, with which L’Heureux-Dubé J., for the majority, at p. 1028, expressed total agreement:

The courts have always recognized the fundamental importance of the vote and the necessity to give a broad interpretation to the statutes which provide for it. This traditional approach is not only sound it is essential for the preservation of democratic rights. The principle was well expressed in *Cawley v. Branchflower* (1884), 1 B.C.R. (Pt. II) 35 (S.C.). There Crease J. wrote at p. 37:

The law is very jealous of the franchise, and will not take it away from a voter if the Act has been reasonably complied with. . . . It looks to realities, not technicalities or mere formalities, unless where forms are by law, especially criminal law, essential, or affect the subject-matter under dispute.

[35] Il est bien reconnu dans la jurisprudence sur la contestation d'une élection que la Loi a pour objet de permettre à toutes les personnes ayant le droit de voter de participer au scrutin et d'exprimer démocratiquement leurs préférences. Les tribunaux appliquent une norme stricte lorsqu'il s'agit de déterminer si la négation du droit de vote est justifiée dans un cas donné : *Sauvé c. Canada (Attorney General)* (1992), 7 O.R. (3d) 481 (C.A.), et *Belczowski c. Canada*, [1992] 2 C.F. 440 (C.A.), deux arrêts conf. par [1993] 2 R.C.S. 438.

[36] Il faut lire les termes d'une loi dans leur « contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87. Le droit de vote garanti par la Constitution et l'objet de la Loi qui consiste à favoriser la participation au scrutin jouent un rôle capital dans l'interprétation des termes « irrégularité [...] ayant influé sur le résultat ».

[37] Il est bien établi dans la jurisprudence qu'une loi électorale jugée équivoque doit être interprétée de manière à favoriser la participation au scrutin : *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995. Le juge Cory était dissident dans cette affaire, mais il a fait, aux p. 1049-1050, les observations suivantes auxquelles la juge L’Heureux-Dubé a souscrit sans réserve au nom des juges majoritaires, à la p. 1028 :

Les tribunaux ont toujours reconnu l'importance fondamentale du vote ainsi que la nécessité d'interpréter d'une façon large les lois conférant ce droit. Cette méthode traditionnelle n'est pas seulement logique, mais elle est essentielle à la préservation des droits démocratiques. Ce principe a été bien exprimé dans l'arrêt *Cawley c. Branchflower* (1884), 1 B.C.R. (Pt. II) 35 (C.S.), dans lequel le juge Crease écrit, à la p. 37 :

[TRADUCTION] La loi accorde une protection jalouse au droit de vote et ne privera pas un électeur de ce droit si le texte législatif a été raisonnablement bien respecté. [...] Ce sont les réalités qui comptent et non les détails techniques ou les simples formalités, sauf dans le cas où les formalités sont de par la loi, tout particulièrement en droit criminel, essentielles ou touchent l'objet même du différend.

To the same effect in *Re Lincoln Election* (1876), 2 O.A.R. 316, Blake V.C. stated (at p. 323):

The Court is anxious to allow the person who claims it the right to exercise the franchise, in every case in which there has been a reasonable compliance with the statute which gives him the right he seeks to avail himself of. No merely formal or immaterial matter should be allowed to interfere with the voter exercising the franchise

It can be seen that enfranchising statutes have been interpreted with the aim and object of providing citizens with the opportunity of exercising this basic democratic right. Conversely restrictions on that right should be narrowly interpreted and strictly limited. [Emphasis deleted.]

[38] While enfranchisement is one of the cornerstones of the Act, it is not free-standing. Protecting the integrity of the democratic process is also a central purpose of the Act. The same procedures that enable entitled voters to cast their ballots also serve the purpose of preventing those not entitled from casting ballots. These safeguards address the potential for fraud, corruption and illegal practices, and the public's perception of the integrity of the electoral process. (See *Henry*, at paras. 305-6.) Fair and consistent observance of the statutory safeguards serves to enhance the public's faith and confidence in fair elections and in the government itself, both of which are essential to an effective democracy: *Longley v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 852, 88 O.R. (3d) 408, at para. 64, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. x.

(b) *The Text and Context of Section 524*

[39] Just as the enfranchising purpose of the Act informs the interpretation of the phrase "irregularities . . . that affected the result" in s. 524, so too does the text of the provision itself. Parliament's use of the word "irregularities" in s. 524 of the Act is significant. A different phrase, "any non-compliance with the provisions of the Act", could have been used. Moreover, if Parliament had intended that *any* deviation from the statutory procedure be a basis

Dans l'arrêt *Re Lincoln Election* (1876), 2 O.A.R. 316, le vice-chancelier Blake tient des propos similaires, à la p. 323 :

[TRADUCTION] La Cour tient beaucoup à ce que la personne qui revendique le droit de vote puisse l'exercer, dans tous les cas où il y a eu un respect raisonnable de la loi lui donnant le droit qu'il veut exercer. Les simples questions de forme ou d'intérêt négligeable ne devraient pas permettre une atteinte à l'exercice du droit de vote par l'électeur

On peut constater que les lois constitutives du droit de vote ont reçu une interprétation qui tend à accorder aux citoyens la possibilité d'exercer ce droit démocratique fondamental. Par ailleurs, il faut interpréter restrictivement les limites à l'exercice de ce droit et veiller à les circonscrire strictement. [Soulignement omis.]

[38] Favoriser la participation au scrutin constitue l'une des pierres angulaires de la Loi, mais il ne s'agit pas d'un objet isolé. La Loi a aussi pour objet principal de préserver l'intégrité du processus démocratique. Les procédures qui permettent aux électeurs ayant le droit de voter de participer au scrutin servent également à empêcher les personnes qui n'ont pas ce droit d'y participer. Ces mesures de contrôle visent à contrer le risque de fraude, de manœuvre frauduleuse et de perpétration d'un acte illégal et à préserver la perception qu'a le public de l'intégrité du processus électoral. (Voir *Henry*, par. 305-306.) L'application équitable et uniforme des mesures de contrôle prévues par la Loi contribue à accroître la confiance du public dans l'équité du processus électoral et sa confiance dans le gouvernement lui-même, toutes deux essentielles au bon fonctionnement d'une démocratie : *Longley c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 852, 88 O.R. (3d) 408, par. 64, autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. x.

b) *Le libellé et le contexte de l'art. 524*

[39] Si l'objet de la Loi, qui consiste à favoriser la participation au scrutin, contribue à clarifier le sens des termes « irrégularité [...] ayant influé sur le résultat » employés à l'art. 524, le libellé de cet article y contribue également. L'utilisation par le législateur du mot « irrégularité » à l'art. 524 de la Loi a son importance. Il aurait pu employer une autre expression, comme « l'inobservation de la présente loi ». Qui plus est, si le législateur avait voulu que toute

on which to annul an election, it would have spoken in terms of “non-compliance”. Instead, it used “irregularities”, suggesting that Parliament intended to restrict the scope of administrative errors that give rise to overturning an election.

[40] How is the meaning of “irregularities” restricted? The well-known “associated words” or “*noscitur a sociis*” rule of interpretation assists in this regard. The rule states that a term or an expression should not be interpreted without taking the surrounding terms into account. “The meaning of a term is revealed by its association with other terms: it is known by its associates”: 2747-3174 Québec Inc. v. Québec (*Régie des permis d’alcool*), [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 195 (emphasis deleted).

[41] Professor Sullivan defines the “associated words” rule as follows:

The associated words rule is properly invoked when two or more terms linked by “and” or “or” serve an analogous grammatical and logical function within a provision. This parallelism invites the reader to look for a common feature among the terms. This feature is then relied on to resolve ambiguity or limit the scope of the terms. Often the terms are restricted to the scope of their broadest common denominator.

(*Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 227)

[42] The word “irregularities” appears as part of the following phrase: “irregularities, fraud or corrupt or illegal practices”. These are words that speak to serious misconduct. To interpret “irregularity” as meaning any administrative error would mean reading it without regard to the related words.

[43] The common thread between the words “irregularities, fraud or corrupt or illegal practices” is the seriousness of the conduct and its impact on the integrity of the electoral process. Fraud, corruption and illegal practices are serious. Where they occur, the electoral process will be corroded. In associating the word “irregularity” with those words, Parliament must have contemplated mistakes and

entorse à la procédure prévue par la loi constitue un motif d’annulation d’une élection, il aurait utilisé le mot « inobservation ». Or, il a employé le terme « irrégularité », ce qui donne à croire qu’il a voulu restreindre l’éventail des erreurs administratives susceptibles d’entraîner l’annulation d’une élection.

[40] En quoi le mot « irrégularité » a-t-il un sens restreint? La règle d’interprétation bien connue des « mots associés » (« *noscitur a sociis* ») nous éclaire à cet égard. Selon cette règle, il ne faut pas interpréter un terme ou une expression en faisant abstraction des termes voisins. « Le sens d’un terme est révélé par son association à d’autres termes : il est connu par ceux auxquels il est associé » : 2747-3174 Québec Inc. c. Québec (*Régie des permis d’alcool*), [1996] 3 R.C.S. 919, par. 195 (soulignement omis).

[41] La professeure Sullivan définit ainsi la règle des « mots associés » :

[TRADUCTION] La règle des mots associés est invoquée à bon droit lorsqu’au moins deux termes reliés par les conjonctions « et » ou « ou » ont une fonction grammaticale et logique analogue dans une disposition. Ce parallélisme pousse le lecteur à chercher une caractéristique commune entre ces termes. Il s’appuie ensuite sur cette caractéristique pour dissiper l’ambiguïté des termes ou en restreindre le sens. Souvent, le sens des mots est restreint à leur dénominateur commun le plus général.

(*Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 227)

[42] Le mot « irrégularité » fait partie du groupe de termes suivant : « irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal ». Ces termes évoquent une grave inconduite. Considérer que le terme « irrégularité » s’entend de toute erreur administrative reviendrait à l’interpréter en faisant abstraction des mots connexes.

[43] Les termes « irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal » ont pour dénominateur commun la gravité de la conduite et ses répercussions sur l’intégrité du processus électoral. Une fraude, une manœuvre frauduleuse ou un acte illégal sont des inconduites graves. Ce sont des inconduites qui ébranlent le processus électoral. Quand il a associé le terme « irrégularité » à ces mots, le législateur

administrative errors that are serious and capable of undermining the integrity of the electoral process. (See *Cusimano v. Toronto (City)*, 2011 ONSC 7271, 287 O.A.C. 355, at para. 62.)

(c) *Competing Democratic Values*

[44] Central to the issue before us is how willing a court should be to reject a vote because of statutory non-compliance. Although there are safeguards in place to prevent abuse, the Act accepts some uncertainty in the conduct of elections, since in theory, more onerous and accurate methods of identification and record-keeping could be adopted. The balance struck by the Act reflects the fact that our electoral system must balance several interrelated and sometimes conflicting values. Those values include certainty, accuracy, fairness, accessibility, voter anonymity, promptness, finality, legitimacy, efficiency and cost. But the central value is the *Charter*-protected right to vote.

[45] Our system strives to treat candidates and voters fairly, both in the conduct of elections and in the resolution of election failures. As we have discussed, the Act seeks to enfranchise all entitled persons, including those without paper documentation, and to encourage them to come forward to vote on election day, regardless of prior enumeration. The system strives to achieve accessibility for all voters, making special provision for those without identification to vote by vouching. Election officials are unable to determine with absolute accuracy who is entitled to vote. Poll clerks do not take fingerprints to establish identity. A voter can establish Canadian citizenship verbally, by oath. The goal of accessibility can only be achieved if we are prepared to accept some degree of uncertainty that all who voted were entitled to do so.

avait forcément à l'esprit les erreurs administratives graves qui peuvent miner l'intégrité du processus électoral. (Voir *Cusimano c. Toronto (City)*, 2011 ONSC 7271, 287 O.A.C. 355, par. 62.)

c) *Valeurs démocratiques opposées*

[44] La mesure dans laquelle le tribunal doit être disposé à rejeter un vote en raison de l'inobservance d'une disposition législative est au cœur du litige dont nous sommes saisis. Il existe des mesures de contrôle pour prévenir les abus, mais la Loi tolère que la tenue d'élections comporte une part d'incertitude puisqu'il serait possible, en théorie, d'adopter des méthodes d'identification et de tenue de registres plus laborieuses et plus précises que les méthodes retenues. L'équilibre établi par la Loi répond à la nécessité que le système électoral canadien mette en balance plusieurs valeurs interrelées et parfois contradictoires, y compris la certitude, l'exactitude, l'équité, l'accessibilité, l'anonymat de l'électeur, la célérité, le caractère définitif des résultats, la légitimité, l'efficacité et le coût. Le droit de vote garanti par la *Charte* demeure toutefois la valeur prépondérante.

[45] Le système canadien vise à traiter équitablement les candidats et les électeurs à la fois dans la tenue des élections et dans le règlement des problèmes liés au processus électoral. Comme nous l'avons vu, la Loi a pour objet de permettre à toutes les personnes ayant le droit de voter, y compris celles qui n'ont pas de pièces d'identité, de participer au scrutin et de les inciter à aller voter le jour du scrutin, même si elles ne sont pas déjà inscrites sur la LÉO. Le système est conçu pour être accessible à tous les électeurs et comporte une mesure spéciale pour permettre aux personnes dépourvues de pièces d'identité de voter grâce à un répondant. Les fonctionnaires électoraux ne peuvent pas établir avec une exactitude absolue si une personne a le droit de voter. Les greffiers du scrutin ne prennent pas les empreintes digitales des électeurs pour établir leur identité. L'électeur peut établir sa citoyenneté canadienne de vive voix en prêtant serment. L'accessibilité n'est possible que si nous sommes prêts à accepter une certaine incertitude quant au droit de voter de toutes les personnes qui ont voté.

[46] The practical realities of election administration are such that imperfections in the conduct of elections are inevitable. As recognized in *Camsell v. Rabesca*, [1987] N.W.T.R. 186 (S.C.), it is clear that “in every election, a fortiori those in urban ridings, with large numbers of polls, irregularities will virtually always occur in one form or another” (p. 198). A federal election is only possible with the work of tens of thousands of Canadians who are hired across the country for a period of a few days or, in many cases, a single 14-hour day. These workers perform many detailed tasks under difficult conditions. They are required to apply multiple rules in a setting that is unfamiliar. Because elections are not everyday occurrences, it is difficult to see how workers could get practical, on-the-job experience.

[47] The provision for contesting elections in Part 20 of the Act serves to restore accuracy and reliability where it has been compromised. However, tension exists between allowing an application to contest an election on the basis of irregularities and the need for a prompt, final resolution of election outcomes. The Act provides, in s. 525(3):

- (3) An application shall be dealt with without delay and in a summary way. . . .

[48] It should be remembered that annulling an election would disenfranchise not only those persons whose votes were disqualified, but every elector who voted in the riding. That voters will have the opportunity to vote in a by-election is not a perfect answer, as Professor Steven F. Huefner writes:

... a new election can never be run on a clean slate, but will always be colored by the perceived outcome of the election it superseded. New elections may also be an inconvenience for the voters, and almost certainly will mean that a different set of voters, with different

[46] Les réalités concrètes de l'administration d'une élection sont telles que des imperfections dans la tenue d'une élection sont inévitables. Comme l'a reconnu la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest dans *Camsell c. Rabesca*, [1987] N.W.T.R. 186, il est clair que [TRADUCTION] « des irrégularités se produisent presque toujours d'une façon ou d'une autre dans toutes les élections, à plus forte raison dans celles tenues dans les circonscriptions urbaines comptant un grand nombre de bureaux de scrutin » (p. 198). La tenue d'une élection fédérale n'est possible que grâce au travail de dizaines de milliers de Canadiens et de Canadiennes embauchés dans tout le pays pour quelques jours ou, dans bien des cas, pour une seule journée de 14 heures. Ces travailleurs accomplissent de nombreuses tâches méthodiques dans des conditions difficiles. Ils doivent notamment appliquer de multiples règles dans un environnement qui ne leur est pas familier. Puisque des élections n'ont pas lieu tous les jours, on voit mal comment les travailleurs pourraient acquérir de l'expérience pratique, sur le terrain.

[47] La disposition de la partie 20 de la Loi qui permet de contester une élection sert à rétablir l'exactitude et la fiabilité de ses résultats dans les cas où elles ont été compromises. Il faut toutefois concilier la possibilité de contester une élection pour cause d'irrégularités avec la nécessité d'obtenir rapidement des résultats définitifs. Le paragraphe 525(3) de la Loi prévoit donc ce qui suit :

- (3) La requête est instruite sans délai et selon la procédure sommaire . . .

[48] Il faut se rappeler que l'annulation d'une élection non seulement prive les personnes dont les votes sont rejettés de leur droit de participer au scrutin, mais en prive aussi tous les électeurs qui ont voté dans la circonscription. La possibilité pour les électeurs de voter ultérieurement dans une élection partielle n'est pas une solution parfaite, comme l'explique le professeur Steven F. Huefner :

[TRADUCTION] . . . une nouvelle élection ne peut jamais se dérouler comme si la précédente n'avait jamais eu lieu; elle porte toujours l'empreinte du résultat apparent de l'élection qu'elle remplace. Une nouvelle élection risque aussi d'importuner les électeurs, et il est presque

information, will be deciding the election. Moreover, there can be no guarantee that the new election will itself be free from additional problems, including fraud. In the long term, rerunning elections might lead to disillusionment or apathy, even if in the short term they excite interest in the particular contest. Frequent new elections also would undercut democratic stability by calling into question the security and efficiency of the voting mechanics.

(“Remedying Election Wrongs” (2007), 44 *Harv. J. on Legis.* 265, at pp. 295-96)

[49] Permitting elections to be lightly overturned would also increase the “margin of litigation”. The phrase “margin of litigation” describes an election outcome close enough to draw post-election legal action: Huefner, at pp. 266-67.

[50] The current system of election administration in Canada is not designed to achieve perfection, but to come as close to the ideal of enfranchising all entitled voters as possible. Since the system and the Act are not designed for certainty alone, courts cannot demand perfect certainty. Rather, courts must be concerned with the integrity of the electoral system. This overarching concern informs our interpretation of the phrase “irregularities . . . that affected the result”.

(d) *Conclusion: The Meaning of “Irregularities . . . That Affected the Result”*

[51] Having regard to the centrality of the constitutional right to vote, the enfranchising purpose of the Act, the language of s. 524, and the numerous democratic values engaged, we conclude that an “irregularit[y] . . . that affected the result” of an election is a breach of statutory procedure that has resulted in an individual voting who was not entitled to vote. Such breaches are serious because they are capable of undermining the integrity of the electoral process.

assuré que ce sera une combinaison d'électeurs différents, disposant de renseignements différents, qui en déterminera l'issue. Qui plus est, rien ne peut garantir l'absence de problèmes additionnels, notamment de fraude, au cours de la nouvelle élection. À long terme, la tenue de nouvelles élections pourrait être une source de désillusion ou de lassitude même si, à court terme, la lutte entre les candidats à l'élection suscite de l'intérêt. De plus, la tenue fréquente de nouvelles élections ébranlerait la stabilité de la démocratie en mettant en doute la sûreté et l'efficacité des mécanismes de vote.

(« Remedying Election Wrongs » (2007), 44 *Harv. J. on Legis.* 265, p. 295-296)

[49] Si les élections pouvaient être annulées à la légère, cela augmenterait aussi la [TRADUCTION] « marge de contestation », c'est-à-dire l'éventail des résultats électoraux suffisamment serrés pour entraîner des poursuites judiciaires après l'élection : Huefner, p. 266-267.

[50] Le régime actuel d'administration des élections au Canada n'est pas conçu pour atteindre la perfection, mais pour tendre le plus possible vers l'idéal de permettre à tous les électeurs ayant le droit de voter de participer au scrutin. Comme la certitude ne constitue pas la seule fin du régime et de la Loi, les tribunaux ne sauraient exiger une certitude absolue. Ils doivent plutôt s'attacher à l'intégrité du système électoral. Cette considération dominante nous guide dans l'interprétation des termes « irrégularité [...] ayant influé sur le résultat ».

d) *Conclusion : le sens des termes « irrégularité [...] ayant influé sur le résultat »*

[51] Étant donné l'importance fondamentale du droit de vote garanti par la Constitution, l'objet de la Loi, qui consiste à favoriser la participation au scrutin, le libellé de l'art. 524 et les nombreuses valeurs démocratiques en jeu, nous concluons qu'une « irrégularité [...] ayant influé sur le résultat » d'une élection est un manquement à la procédure prescrite par la loi qui fait en sorte qu'une personne a voté sans en avoir le droit. De tels manquements sont graves, parce qu'ils peuvent entacher l'intégrité du processus électoral.

(3) When Is an “Irregularit[y] . . . That Affected the Result” Established?

[52] An applicant who seeks to annul an election bears the legal burden of proof throughout. (See *Cusimano*, at para. 74; *Abrahamson v. Baker and Smishek* (1964), 48 D.L.R. (2d) 725 (Sask. C.A.); *Camsell*, at p. 199; and *Beamish v. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160 (S.C.), at paras. 38-39.) As earlier noted, the present situation is governed by s. 531(2) of the Act. For ease of reference, the provision is reproduced below:

(2) After hearing the application, the court may dismiss it if the grounds referred to in paragraph 524(1)(a) or (b), as the case may be, are not established and, where they are established, shall declare the election null and void or may annul the election, respectively.

[53] The word “established” places the burden squarely on the applicant. The applicable standard of proof is the civil standard, namely, proof on a balance of probabilities.

[54] Two approaches have been used in the past by courts to determine whether there was an “irregularit[y] . . . that affected the result” of an election. A strict procedural approach was followed by courts in *O'Brien v. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87 (H.C.J.); *Nielsen v. Simmons* (1957), 14 D.L.R. (2d) 446 (Y. Terr. Ct.); *Hogan v. Careen and Hickey* (1993), 116 Nfld. & P.E.I.R. 310 (S.C. (T.D.)); and *Blanchard v. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316 (N.S.S.C.). Under that approach, all votes cast pursuant to an irregular procedure were held to be invalid. The failure to comply with a procedural step aimed at determining entitlement was considered to directly affect the result of the election. In these cases, even where the elector’s right to vote in the election could have been proven to the court after the fact, failure to comply with the procedural safeguards sufficed to discount the votes in question.

[55] A second approach, sometimes referred to as the “substantive” approach, emphasizes the substantive right of the elector to vote. An approach along these lines has been followed in other Canadian contested election cases: *Camsell*

(3) Quand une « irrégularité [...] ayant influé sur le résultat » est-elle établie?

[52] Le fardeau de la preuve incombe toujours à la partie qui demande l’annulation d’une élection. (Voir *Cusimano*, par. 74; *Abrahamson c. Baker and Smishek* (1964), 48 D.L.R. (2d) 725 (C.A. Sask.); *Camsell*, p. 199; et *Beamish c. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160 (C.S.), par. 38-39.) Comme nous l’avons déjà souligné, le présent cas est régi par le par. 531(2) de la Loi, reproduit ci-dessous par souci de commodité :

(2) Au terme de l’audition, [le tribunal] peut rejeter la requête; si les motifs sont établis et selon qu’il s’agit d’une requête fondée sur les alinéas 524(1)a ou b), il doit constater la nullité de l’élection du candidat ou il peut prononcer son annulation.

[53] Le mot « établis » impose clairement le fardeau de la preuve au requérant. La norme de preuve applicable est la norme de preuve en matière civile, à savoir la prépondérance des probabilités.

[54] Les tribunaux ont employé deux approches dans le passé pour déterminer s’il y a eu « irrégularité [...] ayant influé sur le résultat » d’une élection. Une approche procédurale stricte a été adoptée dans *O'Brien c. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87 (H.C.J.); *Nielsen c. Simmons* (1957), 14 D.L.R. (2d) 446 (C. Terr. Y.); *Hogan c. Careen and Hickey* (1993), 116 Nfld. & P.E.I.R. 310 (C.S. (1^{re} inst.)); et *Blanchard c. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316 (C.S.N.-É.). Selon cette approche, tous les votes à l’égard desquels la procédure n’avait pas été respectée ont été jugés invalides. L’omission de suivre une étape de la procédure visant à établir le droit de voter a été considérée comme ayant influé directement sur le résultat de l’élection. Dans ces causes, le non-respect des mesures de contrôle procédurales a suffi pour que les votes soient écartés, même dans les cas où il aurait été possible de démontrer après coup au tribunal que l’électeur avait le droit de voter à l’élection.

[55] La deuxième approche, parfois qualifiée de « substantielle », met l’accent sur le droit substantiel de l’électeur de voter. Une approche de ce genre a été adoptée au Canada dans d’autres affaires où une élection a été contestée : *Camsell et Flookes*

and *Flookes and Long v. Shrake* (1989), 100 A.R. 98 (Q.B.). On this approach, failure to follow a procedural safeguard is not determinative of whether the result of the election has been affected.

[56] In our view, adopting a strict procedural approach creates a risk that an application under Part 20 could be granted even where the result of the election reflects the will of the electors who in fact had the right to vote. This approach places a premium on form over substance, and relegates to the back burner the *Charter* right to vote and the enfranchising objective of the Act. It also runs the risk of enlarging the margin of litigation, and is contrary to the principle that elections should not be lightly overturned, especially where neither candidates nor voters have engaged in any wrongdoing. Part 20 of the Act should not be taken by losing candidates as an invitation to examine the election records in search of technical administrative errors, in the hopes of getting a second chance.

[57] The substantive approach is recommended by the fact that it focuses on the underlying right to vote, not merely on the procedures used to facilitate and protect that right. In our view, an approach that places a premium on substance is the approach to follow in determining whether there were “irregularities . . . that affected the result of the election”. On this approach, a judge should look at the whole of the evidence, with a view to determining whether a person who was not entitled to vote, voted. Unlike the “strict procedural” approach, evidence going to entitlement is admissible. By the same token, direct evidence of a lack of entitlement is not required. Proof of an irregularity may itself be sufficient to discount a vote.

[58] There are two steps to this approach. First, an applicant must prove that there was an “irregularity”: breach of a statutory provision designed to establish a person’s entitlement to vote. We do not understand the minority to suggest otherwise.

and *Long c. Shrake* (1989), 100 A.R. 98 (B.R.). Suivant cette approche, le non-respect d’une mesure de contrôle procédurale n’est pas déterminant quant à savoir si une irrégularité a influé sur le résultat de l’élection.

[56] Nous sommes d’avis que, si l’on adoptait une approche procédurale stricte, une requête présentée en vertu de la partie 20 risquerait d’être accueillie même dans les cas où le résultat de l’élection reflète la volonté des électeurs qui avaient effectivement le droit de voter. Cette démarche privilégie la forme aux dépens du fond et relègue au second plan le droit de vote garanti par la *Charte* et l’objet de la Loi qui consiste à favoriser la participation au scrutin. Elle risque aussi d’élargir la marge de contestation et elle va à l’encontre du principe voulant que les élections ne doivent pas être annulées à la légère, surtout lorsqu’aucun des candidats ou des électeurs n’a commis quelque acte répréhensible que ce soit. Les candidats défaites ne doivent pas voir la partie 20 de la Loi comme une invitation à examiner les registres électoraux en quête d’erreurs techniques de nature administrative dans l’espérance d’obtenir une seconde chance.

[57] L’approche substantielle, quant à elle, est indiquée parce qu’elle met l’accent sur le droit de vote sous-jacent, et non pas simplement sur les procédures qui servent à protéger ce droit et en faciliter l’exercice. Une approche qui privilégie le fond nous semble être l’approche qui convient pour déterminer s’il y a eu « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection ». Selon cette approche, le juge doit examiner l’ensemble de la preuve afin de décider si une personne a voté sans en avoir le droit. La preuve relative au droit de voter est recevable, ce qui n’est pas le cas suivant l’approche « procédurale stricte ». Par ailleurs, il n’est pas nécessaire de produire une preuve directe de l’absence du droit de voter. La preuve d’une irrégularité peut être suffisante en soi pour qu’un vote soit écarté.

[58] Cette approche comporte deux étapes. Premièrement, le requérant doit prouver qu’il y a eu « irrégularité » : la violation d’une disposition législative visant à établir qu’une personne a le droit de voter. D’après nous, les juges dissidents

For example, a breach of s. 148.1 or s. 149 would amount to an “irregularity” because these provisions go to establishing entitlement.

[59] Second, an applicant must demonstrate that the irregularity “affected the result” of the election: someone not entitled to vote, voted. Where that is established, the vote is invalid, and must be rejected. Rejecting a vote affects the result of the election in the sense that it changes the vote count. It is at this second step that our approach departs from that of the minority.

[60] An “irregularity” constitutes evidence from which it may be inferred that a voter was not entitled to vote, because it is a breach of a procedure designed to establish the voter’s entitlement. As indicated, proof of an irregularity may itself be sufficient to show that an invalid vote was cast, thereby affecting the result of the election.

[61] Under our approach, an applicant who has led evidence from which an irregularity could be found will have met his or her *prima facie* evidentiary burden. At that point, the respondent runs the risk of having the votes in issue set aside, unless he or she can adduce or point to evidence from which it may reasonably be inferred that no irregularity occurred, or that despite the irregularity, the votes in question were nevertheless valid. For example, where registration certificates cannot be located and there is a question as to whether they were completed as required, the respondent may point to evidence showing that they were completed, such as a list of names of people who voted by registration, or evidence from the polling officials that registration took place. Or, the respondent may show that the voters were entitled to vote by reference to their inclusion on a list of voters in the electoral district.

[62] Once all of the evidence from both parties is before the judge, the judge will decide, focusing

n’affirment pas le contraire. À titre d’exemple, une violation des art. 148.1 ou 149 constituerait une « irrégularité » parce que ces dispositions touchent à la façon d’établir le droit de voter d’une personne.

[59] Deuxièmement, le requérant doit démontrer que l’irrégularité a « influé sur le résultat » de l’élection : une personne a voté sans en avoir le droit. S’il en fait la démonstration, le vote est invalide et doit être rejeté. Le rejet d’un vote influe sur le résultat de l’élection en ce sens qu’il modifie le décompte du scrutin. C’est à cette deuxième étape que notre approche s’écarte de celle des juges minoritaires.

[60] Une « irrégularité » constitue une preuve permettant d’inférer qu’un électeur n’avait pas le droit de voter, parce qu’il y a eu entorse à une procédure visant à établir son droit de voter. Comme nous l’avons indiqué précédemment, la preuve d’une irrégularité peut être suffisante en soi pour démontrer qu’un vote était invalide, ce qui a influé sur le résultat de l’élection.

[61] Selon notre approche, le requérant s’acquitte du fardeau de preuve *prima facie* qui lui incombe en produisant une preuve qui permet de conclure à l’existence d’une irrégularité. À ce stade, l’intimé risque de voir les votes en litige être écartés, sauf s’il est à même de présenter un élément de preuve permettant raisonnablement de conclure soit à l’absence d’irrégularité, soit à la validité des votes en cause malgré l’irrégularité, ou encore d’attirer l’attention sur un tel élément de preuve. Par exemple, dans les cas où on ne parvient pas à retrouver les certificats d’inscription et où un doute subsiste quant à savoir s’ils ont été remplis comme il se doit, l’intimé a deux options. Il peut soit attirer l’attention sur des éléments de preuve démontrant qu’ils ont été remplis, tels qu’une liste des personnes qui ont voté sur remise d’un certificat d’inscription ou le témoignage des fonctionnaires électoraux selon lequel l’inscription a eu lieu, soit démontrer que les électeurs en cause avaient le droit de voter parce que leur nom figurait sur une liste électorale de la circonscription.

[62] Après avoir été saisi de toute la preuve des deux parties, le juge décide, en se concentrant sur

on substance rather than form, whether the applicant has met his or her burden of establishing on a balance of probabilities that someone who voted was not entitled to do so. If the court is not so satisfied, then the applicant has failed to meet his or her onus.

C. *The Consequences of Statutory Non-Compliance*

[63] Our approach to contested elections allows a judge to consider evidence that an individual was entitled to vote on election day. It has to be remembered that “entitlement” is concerned with age, citizenship and residence. A judge may look at any evidence that is relevant to these criteria. This approach best ensures the accuracy of election results. Some prior jurisprudence in the lower courts suggests that this approach introduces uncertainty into election results. (See *Hogan*, at para. 77.) With respect, this concern is unfounded.

[64] When a court decides a contested election case based on alleged “irregularities . . . that affected the result”, it is faced with uncertainty as to the outcome of an election arising from allegations of errors in the administration of the election. A contested election decision, by addressing these alleged errors, is designed to remedy this uncertainty. An approach allowing for an examination of voter entitlement bolsters accuracy and confidence that only entitled persons cast ballots.

[65] Any concern that our approach would result in the inconsistent application of the Act is unfounded. The minority suggests that since some entitled voters may be turned away on election day by election officials properly following procedures in the Act, it is unfair for a court to allow votes to stand where there was an administrative procedural error but other evidence that the voter was entitled to vote (para. 167). However, unlike the rejection of a valid vote, turning away a voter on election

le fond plutôt que sur la forme, si le requérant s'est acquitté de son fardeau d'établir selon la prépondérance des probabilités qu'une personne a voté sans en avoir le droit. Si le tribunal n'en est pas convaincu, le requérant n'a pas réussi à s'acquitter de son fardeau de preuve.

C. *Les conséquences de l'inobservation de la Loi*

[63] Notre façon d'aborder la contestation d'une élection permet au juge d'examiner des éléments de preuve concernant la question de savoir si une personne avait le droit de voter le jour du scrutin. Il faut se rappeler que le droit de voter dépend de l'âge, de la citoyenneté et de la résidence. Le juge peut étudier n'importe quel élément de preuve pertinent quant à l'existence de ces conditions. Cette approche est la meilleure garantie d'exactitude des résultats électoraux. Certaines décisions antérieures de juridictions inférieures avancent que cette méthode crée de l'incertitude quant aux résultats de l'élection. (Voir *Hogan*, par. 77.) En toute déférence, nous estimons que cette crainte est dénuée de fondement.

[64] La contestation d'une élection fondée sur une allégation d'« irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat » place le tribunal devant une élection dont le résultat est incertain en raison de prétendues erreurs dans l'administration de l'élection. La décision sur la contestation d'une élection est censée remédier à cette incertitude, en statuant sur ces prétendues erreurs. Une approche qui permet de vérifier le droit de voter d'un électeur renforce l'exactitude des résultats et la conviction que seules les personnes ayant le droit de voter ont voté.

[65] La crainte que notre démarche entraîne une application incohérente de la Loi n'est pas fondée. Selon les juges minoritaires, comme il est possible que des électeurs ayant le droit de voter se voient refuser l'accès aux urnes par des fonctionnaires électoraux appliquant correctement les procédures prescrites par la Loi, il est injuste qu'un tribunal refuse d'éarter un vote lorsqu'une erreur procédurale administrative a été commise, mais qu'une preuve différente établit le droit de voter de

day is not fatal to that person's right to vote. If at first that voter could not comply with a procedural requirement, with some additional effort, he or she can return to the polling station and obtain a ballot. As well, if a person feels that he or she should be permitted to vote, scrutineers may be available to help resolve the matter.

[66] By contrast, if a vote cast by an entitled voter were to be rejected in a contested election application because of an irregularity, the voter would be irreparably disenfranchised. This is especially undesirable when the irregularity is outside of the voter's control, and is caused solely by the error of an election official.

[67] For example, compare the situation of two voters who arrive at the polling station with inadequate identification. The DRO personally knows one of the voters, and vouches for him, enabling him to cast a ballot. The DRO does not live in the polling division, so he has vouched in a manner not permitted by the Act. However, the voter leaves the polling station believing that he has cast a valid vote. If a court later rejects the voter's vote, he is irreparably disenfranchised, through no fault of his own. In the case of the second voter, the DRO properly refuses to let her vote without proper identification. This voter can return to the polling station later in the day, accompanied by a voucher who lives in the polling division, and cast her ballot. She has not been disenfranchised.

[68] Nor will the approach that we endorse encourage non-compliance with the Act. The election process is open and public. Polling officials work in a public environment at a polling station where their actions can be observed by other election officials, candidates or candidates' representatives and

l'électeur (par. 167). Toutefois, contrairement au rejet d'un bulletin de vote valide, le fait de refuser l'accès aux urnes à un électeur le jour du scrutin ne prive pas définitivement cet électeur de son droit de vote. Si l'électeur n'a pas pu se conformer initialement à une procédure obligatoire, en fournissant un effort additionnel, il peut revenir au bureau de scrutin et obtenir un bulletin de vote. De plus, si une personne croit qu'elle devrait être admise à voter, les représentants des candidats peuvent intervenir pour l'aider à régler la question.

[66] Si, par contre, le bulletin de vote d'un électeur ayant le droit de voter était rejeté pour cause d'irrégularité sur présentation d'une requête en contestation d'élection, cet électeur serait irrémédiablement privé de son droit de participer au scrutin. Ce résultat est particulièrement indésirable lorsque l'irrégularité est indépendante de la volonté de l'électeur et résulte uniquement de l'erreur d'un fonctionnaire électoral.

[67] À titre d'exemple, comparons la situation de deux électeurs qui se présentent au bureau de scrutin munis de pièces d'identité inadéquates. Dans le premier cas, le scrutateur connaît personnellement l'électeur et répond de lui, ce qui permet à l'électeur de voter. Or, le scrutateur habite dans une autre section de vote, de sorte qu'il n'était pas autorisé par la Loi à répondre de l'électeur. L'électeur quitte cependant le bureau de scrutin en croyant que son vote est valide. Si un tribunal rejette plus tard le vote de cet électeur, celui-ci sera irrémédiablement privé de son droit de participer au scrutin, sans avoir commis quelque faute que ce soit. Dans le deuxième cas, le scrutateur refuse avec raison de laisser une électrice voter sans pièce d'identité adéquate. L'électrice peut revenir au bureau de scrutin plus tard ce jour-là en compagnie d'un répondant qui habite dans la même section de vote qu'elle et voter. Elle n'est pas privée de son droit de participer au scrutin.

[68] La méthode que nous proposons n'est pas non plus une incitation à l'inobservation de la Loi. Le processus électoral est transparent et public. Les fonctionnaires du scrutin travaillent dans un lieu public, soit dans un bureau de scrutin où leurs gestes peuvent être observés par d'autres

members of the public present to vote. If there is a reasonable concern about whether a person is entitled to vote, any polling official, candidate or candidate's representative can ask that the person take an oath before voting (s. 144).

[69] In recognizing that mistakes are inevitable, this Court does not condone any relaxation of training and procedures. The Commissioner of Canada Elections appointed by the CEO has an obligation to ensure, as far as reasonably possible, that procedures are followed (s. 509). Failure to live up to this mandate would shake the public's confidence in the election system as a whole and render it vulnerable to abuse and manipulation.

[70] The Commissioner of Canada Elections is responsible for compliance with and enforcement of the Act (s. 509). The Chief Electoral Officer may refer any matter for investigation to the Commissioner, and, with respect to specific offences, may direct the Commissioner to "make any inquiry that appears to be called for in the circumstances", and the Commissioner shall do so (s. 510). Following an inquiry, the Commissioner may refer the matter to the Director of Public Prosecutions, who will decide whether to prosecute the offence (s. 511). Alternatively, the Commissioner may enter into an agreement with the offender aimed at providing for compliance with the Act (s. 517). Overturning an election is but one of several consequences that may flow from the failure of election officers to follow rules. A declaration that an election is annulled may be considered the ultimate public consequence of violating provisions of the Act, and accordingly should be reserved for serious cases.

D. *Should an Election Be Annulled? The "Magic Number" Test*

[71] To date, the only approach taken by Canadian courts in assessing contested election applications has been the "magic number" test referred to in *O'Brien* (p. 93). On this test, the election must be annulled if the rejected votes are equal to or outnumber the winner's plurality (*Blanchard*, at p. 320).

fonctionnaires électoraux, des candidats ou leurs représentants et des membres du public venus pour voter. En cas de doute raisonnable sur le droit de voter d'une personne, tout fonctionnaire du scrutin, candidat ou représentant d'un candidat peut lui demander de prêter serment avant de voter (art. 144).

[69] Si elle admet que des erreurs sont inévitables, la Cour ne cautionne aucun relâchement dans la formation du personnel électoral et le respect des procédures. Le commissaire aux élections fédérales nommé par le DGÉ est tenu de veiller au respect des procédures dans la mesure du possible (art. 509). L'omission de s'acquitter de ce mandat ébranlerait la confiance du public envers le système électoral dans son ensemble et le rendrait vulnérable aux abus et aux manipulations.

[70] Le commissaire aux élections fédérales est responsable de l'observation et de l'application de la Loi (art. 509). Le DGÉ peut lui renvoyer toute affaire pour enquête et lui ordonner de « faire enquête » sur des infractions précises, et le commissaire procède à l'enquête (art. 510). Après avoir fait enquête, le commissaire peut renvoyer l'affaire au directeur des poursuites pénales, qui décidera s'il y a lieu de poursuivre l'auteur de l'infraction (art. 511). Le commissaire peut aussi conclure avec l'auteur de l'infraction une transaction visant à faire respecter la Loi (art. 517). L'annulation d'une élection n'est que l'une de plusieurs conséquences pouvant découler de l'inobservation des règles par des fonctionnaires électoraux. L'annulation d'une élection peut être considérée comme la conséquence la plus grave pour le public d'une violation de la Loi; elle devrait donc être réservée aux cas graves.

D. *L'élection doit-elle être annulée? Le critère du « nombre magique »*

[71] Jusqu'à maintenant, les tribunaux ont utilisé exclusivement le critère du « nombre magique » énoncé dans *O'Brien* (p. 93) pour trancher les requêtes en contestation d'élection. Selon ce critère, il faut annuler l'élection si le nombre de votes rejetés égale ou dépasse la majorité du vainqueur (*Blanchard*, p. 320).

[72] The “magic number” test is simple. However, it inherently favours the challenger. It assumes that all of the rejected votes were cast for the successful candidate. In reality, this is highly improbable. However, no alternative test has been developed. No evidence has been presented in this case to support any form of statistical test that would be reliable and that would not compromise the secrecy of the ballot.

[73] Accordingly, for the purposes of this application, we would utilize the magic number test. The election should be annulled when the number of rejected votes is equal to or greater than the successful candidate’s margin of victory. However, we do not rule out the possibility that another, more realistic method for assessing contested election applications might be adopted by a court in a future case.

E. Summary

[74] The following approach should be followed in determining whether there were “irregularities . . . that affected the result of the election”: An applicant must prove that a procedural safeguard designed to establish an elector’s entitlement to vote was not respected. This is an “irregularity”. An applicant must then demonstrate that the irregularity “affected the result” of the election because an individual voted who was not entitled to do so. In determining whether the result was affected, an application judge may consider any evidence in the record capable of establishing that the person was in fact entitled to vote despite the irregularity, or that the person was not in fact entitled to vote.

[75] If it is established that there were “irregularities . . . that affected the result of the election”, a court may annul the election. In exercising this discretion, if a court is satisfied that, because of the rejection of certain votes, the winner is in doubt, it would be unreasonable for the court not to annul the election. For the purposes of this application, the “magic number” test will be used to make that determination.

[72] Le critère du « nombre magique » est simple. Toutefois, par sa nature, il favorise le requérant. Il suppose que tous les votes rejetés étaient pour le candidat élu, ce qui est en fait très peu probable. Aucun autre critère n’a cependant été élaboré. En l’espèce, on n’a présenté aucun élément de preuve à l’appui d’une quelconque formule statistique qui serait fiable et qui ne comprometttrait pas le caractère confidentiel du scrutin.

[73] Nous aurons donc recours au critère du nombre magique pour les besoins de la présente requête. L’élection doit être annulée si le nombre de votes rejetés est égal ou supérieur à la majorité du candidat élu. Par contre, nous n’écartons pas la possibilité qu’un tribunal adopte à l’avenir une méthode plus réaliste pour trancher les requêtes en contestation d’élection.

E. Résumé

[74] Voici comment il faut procéder pour déterminer s’il y a eu « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection ». Il incombe au requérant de démontrer le non-respect d’une mesure de contrôle procédurale visant à établir le droit de voter d’un électeur. C’est ce en quoi consiste une « irrégularité ». Le requérant doit ensuite démontrer que l’irrégularité a « influé sur le résultat » de l’élection parce qu’une personne a voté sans en avoir le droit. Pour décider si l’irrégularité a influé sur le résultat, le juge saisi de la requête peut tenir compte de toute preuve au dossier susceptible d’établir soit que la personne en question avait effectivement le droit de voter en dépit de l’irrégularité, soit qu’elle ne l’avait pas.

[75] Si une « irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat de l’élection » est établie, le tribunal peut annuler l’élection. Dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, il serait déraisonnable que le tribunal n’annule pas l’élection s’il est convaincu que le rejet de certains bulletins de vote laisse planer un doute sur l’identité du vainqueur. Pour les besoins de la présente requête, nous utiliserons le test du « nombre magique » pour statuer sur ce point.

IV. Application

[76] To this point, we have concentrated on the legal framework and principles that govern when a candidate seeks to have an election annulled on the basis of irregularities that affected the result. We now consider the application of those principles to the evidence as it relates to certain of the polling divisions where the application judge set aside votes (Mr. Opitz's appeal). We then consider the evidence in relation to those polling divisions in which the application judge refused to set aside votes (Mr. Wrzesnewskyj's cross-appeal).

[77] Before turning to the evidence of the particular polling divisions, it is important to observe that in support of his position that the election should be annulled, Mr. Wrzesnewskyj relied entirely on circumstantial evidence. There is no direct evidence that any votes, including the 79 that the application judge set aside, were cast by someone who in fact was not entitled to vote.

[78] In the end, for reasons that will become apparent, we are satisfied that the application judge wrongly set aside at least 59 votes. Therefore, the magic number test is not met, as the remaining number of votes invalidated (not more than 20) is not equal to or does not exceed the plurality of 26 votes.

A. *Mr. Opitz's Appeal*

[79] We would restore 59 votes that the application judge should not in our view have disqualified. In respect of polls 31 and 426, the application judge set aside 15 votes and 26 votes respectively for missing registration certificates. At poll 174, he set aside 8 votes for incorrect recording of vouching. At poll 89, he set aside 10 votes for unsigned registration certificates.

IV. Application

[76] Nous avons jusqu'à maintenant centré notre attention sur le cadre et les principes juridiques applicables lorsqu'un candidat demande l'annulation d'une élection pour cause d'irrégularité ayant influé sur le résultat. Nous appliquerons maintenant ces principes à la preuve concernant certains bureaux de scrutin à l'égard desquels le juge saisi de la requête a écarté des votes (pourvoi de M. Opitz). Nous analyserons ensuite la preuve se rapportant aux bureaux de scrutin pour lesquels le juge saisi de la requête a refusé d'éarter des votes (appel incident de M. Wrzesnewskyj).

[77] Avant de passer à la preuve concernant les bureaux de scrutin en cause, il importe de signaler que M. Wrzesnewskyj s'est fondé entièrement sur une preuve circonstancielle pour établir que l'élection doit être annulée. Il n'a apporté aucune preuve directe pour démontrer qu'un des votes, et notamment les 79 votes écartés par le juge saisi de la requête, émanait d'une personne qui n'avait pas le droit de voter.

[78] En définitive, pour des raisons qui deviendront évidentes, nous sommes convaincus que le juge saisi de la requête a écarté au moins 59 votes à tort. Il n'est donc pas satisfait au critère du nombre magique, puisque le nombre des autres votes déclarés invalides (au plus 20 votes) n'est ni égal, ni supérieur à la majorité de 26 voix.

A. *Pourvoi de M. Opitz*

[79] Nous sommes d'avis de rétablir les 59 votes qui, selon nous, n'auraient pas dû être exclus par le juge de première instance. Ce dernier a écarté respectivement 15 et 26 votes à l'égard des bureaux de scrutin n°s 31 et 426, en raison de certificats d'inscription introuvables. Il a écarté 8 votes à l'égard du bureau de scrutin n° 174 pour des erreurs dans la tenue du registre concernant les électeurs ayant fait appel à un répondant. Il a écarté 10 votes relativement au bureau de scrutin n° 89 parce qu'aucun des 10 certificats d'inscription n'a été signé par l'électeur.

[80] Before addressing the evidence poll by poll, we propose to identify two errors of law made by the application judge in his analysis. First, at polls 31 and 426, he reversed the onus of proof; second, at polls 174 and 89, he failed to consider material evidence in reaching his finding.

[81] Because of these two legal errors, the findings of the application judge are not entitled to deference and it is open to this Court to come to its own conclusion on the validity of the votes cast in these polling divisions. The evidence in this case is exclusively documentary, and credibility is not in issue. Our decision to proceed in that fashion finds support in s. 525(3) of the Act, which requires a contested election application to proceed “without delay and in a summary way”. To order a new hearing would cause considerable delay.

[82] As will be seen, in polls 31, 426 and 174, we find that the mistakes complained of do not rise to the level of an “irregularity”. In poll 89, we find that Mr. Wrzesnewskyj has established an “irregularity” but has not established that it “affected the result”. We would restore the impugned votes.

(1) Poll 31 (15 Votes at Issue)

[83] In the poll book at poll 31, the names and addresses of 86 people are listed on the page entitled “RECORD OF ELECTORS VOTING BY *REGISTRATION CERTIFICATE*”. However, after the election, only 70 registration certificates were located. Sixteen certificates could not be found.

[84] The application judge twice misstated the onus of proof in making his crucial finding that votes should be discarded for poll 31. He wrote, “I am not prepared to find that on a balance of

[80] Avant d'examiner la preuve concernant chacun des bureaux de scrutin, nous signalerons deux erreurs de droit commises par le juge saisi de la requête dans son analyse. Premièrement, il a inversé le fardeau de la preuve en ce qui concerne les bureaux de scrutin n°s 31 et 426; deuxièmement, il a tiré sa conclusion à l'égard des bureaux de scrutin n°s 174 et 89 en ne tenant pas compte d'éléments de preuve importants.

[81] Compte tenu de ces deux erreurs de droit, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions du juge saisi de la requête et notre Cour peut tirer sa propre conclusion sur la validité des votes enregistrés dans ces bureaux de scrutin. La preuve en l'espèce est constituée uniquement de documents, et la question de la crédibilité ne se pose pas. Notre décision de procéder ainsi prend appui sur le par. 525(3) de la Loi, lequel exige qu'une requête en contestation d'élection soit instruite « sans délai et selon la procédure sommaire ». La tenue d'une nouvelle audition entraînerait des délais considérables.

[82] Comme nous le verrons dans les paragraphes suivants, nous estimons que les erreurs alléguées relativement aux bureaux de scrutin n°s 31, 426 et 174 ne constituent pas des « irrégularités ». En ce qui concerne le bureau de scrutin n° 89, M. Wrzesnewskyj a établi une « irrégularité », mais nous estimons qu'il n'a pas prouvé qu'elle avait « influé sur le résultat ». Nous sommes d'avis de rétablir les votes contestés.

(1) Bureau de scrutin n° 31 (15 votes en litige)

[83] Dans le cahier du scrutin du bureau de scrutin n° 31, les nom et adresse de 86 personnes figurent sur la page intitulée « REGISTRE DES ÉLECTEURS VOTANT PAR *CERTIFICAT D'INSCRIPTION* ». On n'a cependant retrouvé que 70 certificats d'inscription après l'élection. Seize certificats n'ont pu être retrouvés.

[84] Le juge saisi de la requête a mal énoncé le fardeau de preuve à deux occasions lorsqu'il a tiré la conclusion fondamentale que des votes enregistrés au bureau de scrutin n° 31 devaient être écartés. Il

probabilities these 16 people certified that they were qualified to vote" (para. 122 (emphasis added)). With respect, that was the wrong question. Applying the correct onus, he should have asked whether he was satisfied on a balance of probabilities that these 16 people *had not* certified that they were qualified to vote. His formulation reverses the onus, placing it on the respondent to establish that the voters *had* certified rather than on the applicant to show that they had *not*. The application judge also framed the onus incorrectly at para. 120 when writing: "For me to conclude that these 16 people certified themselves as qualified to vote, the finding would have to be made" (emphasis added).

[85] These are not isolated instances of misstating the test. In the context of assessing the validity of votes at poll 426, the application judge wrote, "The question is . . . whether, in the circumstances, I am prepared to find that these 33 people certified that they were qualified to vote" (para. 113 (emphasis added)) and "I am not prepared to find that, on a balance of probabilities, these 33 people declared that they were qualified to vote" (para. 115 (emphasis added)). And again when considering the invalidity of a vote with an unsigned registration certificate in poll 174, the application judge stated: "In the absence of any indication that the question of qualification was raised, I am not prepared to find that citizenship was certified" (para. 126 (emphasis added)).

[86] On these five occasions in his reasons for judgment, when making crucial findings of fact as to the validity of the votes, the application judge misstated the onus of proof. Instead of asking whether Mr. Wrzesnewskyj, the applicant, had satisfied his onus of establishing an irregularity, the application judge asked instead whether Mr. Opitz had established that there was no irregularity, thereby effectively shifting the burden of proof.

a écrit : [TRADUCTION] « Je ne suis pas disposé à conclure, selon la prépondérance des probabilités, que ces 16 personnes ont attesté avoir qualité d'électeur » (par. 122 (nous soulignons)). En toute déférence, il s'est posé la mauvaise question. En appliquant le bon fardeau de preuve, il aurait dû se demander s'il était convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que ces 16 personnes *n'avaient pas* attesté avoir qualité d'électeur. Sa phrase a pour effet de renverser le fardeau, en obligeant l'intimé à établir que les électeurs *avaient* attesté avoir qualité d'électeur au lieu d'obliger le requérant à démontrer qu'ils *ne l'avaient pas* fait. Le juge saisi de la requête a à nouveau mal énoncé le fardeau de la preuve au par. 120 : [TRADUCTION] « Pour conclure que ces 16 personnes ont attesté avoir qualité d'électeur, j'aurais à tirer cette conclusion » (nous soulignons).

[85] Il ne s'agit pas de cas isolés de mauvaise formulation du critère applicable. Lorsqu'il a examiné la validité des votes enregistrés au bureau de scrutin n° 426, le juge saisi de la requête a écrit : [TRADUCTION] « La question est [...] de savoir si, dans les circonstances, je suis disposé à conclure que ces 33 personnes ont attesté avoir qualité d'électeur » (par. 113 (nous soulignons)) et « [je] ne suis pas disposé à conclure, selon la prépondérance des probabilités, que ces 33 personnes ont déclaré avoir qualité d'électeur » (par. 115 (nous soulignons)). Puis, à nouveau, au moment d'apprécier la validité du vote d'un électeur n'ayant pas signé son certificat d'inscription au bureau de scrutin n° 174, le juge saisi de la requête a mentionné : « Faute d'indication que la question de la qualité d'électeur a été soulevée, je ne suis pas disposé à conclure que l'électeur a attesté être citoyen canadien » (par. 126 (nous soulignons)).

[86] À ces cinq occasions, dans ses motifs, le juge saisi de la requête a commis une erreur en énonçant le fardeau de la preuve lorsqu'il a tiré des conclusions de fait fondamentales relativement à la validité des votes. Au lieu de se demander si le requérant, M. Wrzesnewskyj, s'était acquitté de son fardeau d'établir une irrégularité, le juge saisi de la requête s'est demandé si M. Opitz avait établi l'absence d'irrégularité, renversant ainsi de fait le fardeau de la preuve.

[87] Because the application judge misstated the onus of proof a number of times in the course of his analysis, we cannot be confident that he applied the correct onus in arriving at his findings: *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517, at paras. 85-86. Overturning an election is a very serious matter. In order to uphold the findings of the application judge, we must be satisfied that he not only appreciated which of the parties bore the onus, but also that he applied the correct onus in arriving at his critical findings of fact. We cannot be so satisfied.

[88] In fairness, we recognize that the application judge stated the onus of proof correctly on occasion. However, in view of the five occasions when he did not — in the context of making crucial findings of fact — we cannot be confident that these were only slips of language: *Couture*, at para. 85.

[89] We turn now to our assessment of the evidence at poll 31. Mr. Wrzesnewskyj must first establish the existence of an “irregularity” — that is, non-compliance with the Act that goes to entitlement. The 16 missing registration certificates at poll 31 give rise to two possibilities, one being that the certificates were never completed, the other that the certificates were completed but went missing after the election. If Mr. Wrzesnewskyj could establish that the certificates were never completed, this would amount to an “irregularity”. There would be non-compliance with s. 161(4) of the Act which requires that a person not listed on the OLE who wishes to vote on election day must sign a completed registration certificate. This particular non-compliance would go to entitlement because within a registration certificate is a declaration of citizenship and age signed by the elector.

[90] However, we are not satisfied that Mr. Wrzesnewskyj has established an “irregularity”. He relied on three pieces of evidence. First, the registration certificates could not be located. Second, the poll book pages recording those who took oaths and those who vouched were not filled in. Third, the 16 people were not added to the FLE whereas,

[87] Le juge saisi de la requête ayant mal énoncé le fardeau de la preuve à plusieurs reprises dans son analyse, nous ne pouvons être persuadés qu'il est parvenu à ses conclusions en appliquant le bon fardeau de preuve : *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517, par. 85-86. L'annulation d'une élection est une décision très grave. Pour confirmer les conclusions du juge saisi de la requête, nous devons être convaincus non seulement qu'il savait à quelle partie incombait le fardeau de la preuve, mais aussi qu'il a tiré ses conclusions de fait fondamentales en appliquant le bon fardeau. Or, nous ne pouvons en être convaincus.

[88] En toute justice pour le juge saisi de la requête, nous reconnaissions qu'il a bien énoncé le fardeau de la preuve à l'occasion. Mais comme il l'a mal énoncé cinq fois — dans le contexte de conclusions de fait fondamentales —, nous ne pouvons être certains qu'il s'agit simplement d'un mauvais choix de mots : *Couture*, par. 85.

[89] Nous examinerons maintenant la preuve concernant le bureau de scrutin n° 31. M. Wrzesnewskyj doit d'abord établir l'existence d'une « irrégularité », c'est-à-dire un manquement à la Loi concernant le droit de voter. Le fait que les 16 certificats d'inscription au bureau de scrutin n° 31 demeurent introuvables peut s'expliquer de deux façons : soit ces certificats n'ont jamais été remplis, soit ils ont été remplis, mais ont été égarés après l'élection. Si M. Wrzesnewskyj pouvait parvenir à établir que ces certificats n'ont jamais été remplis, il s'agirait d'une « irrégularité ». Il y aurait alors manquement au par. 161(4) de la Loi, selon lequel une personne ne figurant pas sur la LÉO qui veut voter le jour du scrutin doit signer un certificat d'inscription. Ce manquement particulier à la Loi concerne-rait le droit de voter parce que le certificat d'inscription contient une déclaration de citoyenneté et d'âge signée par l'électeur.

[90] Toutefois, nous ne sommes pas convaincus que M. Wrzesnewskyj a établi une « irrégularité ». Il s'est appuyé sur trois éléments de preuve. Premièrement, les certificats d'inscription n'ont pas pu être retrouvés. Deuxièmement, les pages du cahier du scrutin où doit apparaître le nom des électeurs qui ont prêté serment et de ceux

normally, when the returning officer receives the registration certificates, he updates the OLE and the CEO updates the FLE accordingly.

[91] The evidence relied on by Mr. Wrzesnewskyj falls short of the mark. That the certificates were missing and that the FLE was not updated are also consistent with the explanation that the completed certificates were lost after the election. If the certificates never arrived in the hands of the returning officer, he could not have used them to update the OLE and the FLE would not have been updated either. This alleged third deficiency is tied into the first; it is not an independent basis for finding that the registration certificates were never completed. That the pages for oaths and for vouching were blank is consistent with all 16 people who voted by registration certificate providing photographic identification rather than establishing their addresses through vouching.

[92] There was evidence that favoured the second explanation — that the certificates existed but were misplaced after the election. Seventy of the 86 certificates were found. The names and addresses of the 16 people at issue are handwritten in the poll book, interspersed among the other 70 people whose certificates were found. This is an indication that the 16 certificates were in fact completed. A tally of the total number of registration certificates (86) is repeated on the page which summarizes the results of the election. On this page, the DRO and poll clerk signed below the statement: “I have verified that the number of electors who voted by *Registration Certificate* (line (2)) [the number 86 appears on line (2)] corresponds to the number of *Registration Certificates* . . . inserted in the large white *Registration and/or Correction Certificates Envelope*”.

[93] Considering this evidence in the context of the whole of the evidence, we are unable to find, on balance, that the registration certificates were not completed. Hence, Mr. Wrzesnewskyj has failed to

ayant agi comme répondants n'ont pas été remplies. Troisièmement, les 16 électeurs n'ont pas été inscrits sur la LÉD, alors que normalement le directeur du scrutin met la LÉO à jour lorsqu'il reçoit les certificats d'inscription et le DGÉ met la LÉD à jour en conséquence.

[91] La preuve sur laquelle se fonde M. Wrzesnewskyj est insuffisante. L'absence des certificats et l'omission d'avoir mis à jour la LÉD sont aussi compatibles avec l'explication voulant que les certificats remplis aient été égarés après l'élection. Si le directeur du scrutin ne les a jamais reçus, il n'a pas pu s'en servir pour mettre la LÉO à jour et la LÉD n'a pas pu être mise à jour à son tour. Cette prétendue troisième anomalie est liée à la première; elle n'étaye pas de façon indépendante la conclusion que les certificats d'inscription n'ont jamais été remplis. Il se peut que les pages consacrées aux serments et aux répondants soient vierges parce que les 16 personnes ayant voté sur remise d'un certificat d'inscription ont toutes produit une pièce d'identité munie d'une photo plutôt que de faire établir leur adresse par un répondant.

[92] Des éléments de preuve militent en faveur de la deuxième explication — les certificats ont existé, mais ont été égarés après l'élection. On a retrouvé 70 des 86 certificats. Les nom et adresse des 16 personnes en cause sont inscrits à la main dans le cahier du scrutin, dispersés parmi ceux des 70 personnes dont les certificats ont été retrouvés. Cela indique que les 16 certificats en question ont bel et bien été remplis. Le nombre total des certificats d'inscription (86) apparaît également sur la page qui résume le résultat de l'élection. Sur cette page, le scrutateur et le greffier du scrutin ont apposé leur signature sous la déclaration suivante : « Je me suis assuré(e) que le nombre d'électeurs qui ont voté par *Certificat d'inscription* (ligne (2)) [le nombre 86 figure à la ligne (2)] correspond au nombre de *Certificats d'inscription* [...] insérés dans la grande *Enveloppe pour les certificats d'inscriptions et/ou de correction blanche* ».

[93] Ayant examiné ces éléments de preuve dans le contexte de l'ensemble de la preuve, nous ne pouvons pas conclure, selon la prépondérance des probabilités, que les certificats d'inscription n'ont jamais

establish an “irregularity” concerning any of the 16 votes.

[94] Ironically, for 14 of the 16 impugned voters, there is positive proof that they were indeed entitled to vote. The application judge relied on this direct proof for 1 of the 14 electors (para. 123). Hence, he only discarded 15 of the 16 votes. In fairness, had the direct proof relating to the other 13 voters been brought to his attention, we are satisfied that the application judge would have allowed the votes.

[95] There is evidence that 13 more of the 16 voters in question were on a list of electors in Etobicoke Centre, three on the list for poll 31 and 10 on the lists for other polling divisions. This information was in the evidence before the application judge (R.F. (Mr. Opitz), at para. 45). A chart prepared by Elections Canada matches the names and addresses of 13 electors to names on these lists of electors. Two voters were on a list of electors for poll 28, four on a list for poll 29, two for poll 30, three for poll 31, and two for poll 33. This information comes from an independent source and Mr. Wrzesnewskyj does not challenge its reliability. To the contrary, in a separate chart, created by Mr. Wrzesnewskyj, these 13 persons are listed and beside their identifier is the following notation: “Elector on the Official List of Electors: Yes” (A.F. (Mr. Wrzesnewskyj), at App. C). In accordance with s. 149, all but the three voters ordinarily resident in polling division 31 needed a registration certificate in order to vote at polling station 31. However, the presence of the 10 voters on an electoral list for another polling division in Etobicoke Centre constitutes proof of age, citizenship and residence within that polling division (and therefore the electoral district of Etobicoke Centre).

étaient remplis. Par conséquent, M. Wrzesnewskyj n'a établi une « irrégularité » à l'égard d'aucun de ces 16 votes.

[94] Fait ironique, il existe une preuve positive démontrant que 14 des 16 électeurs en cause avaient effectivement le droit de voter. Le juge saisi de la requête s'est appuyé sur cette preuve directe concernant un de ces 14 électeurs (par. 123). Il n'a donc écarté que 15 des 16 votes. En toute justice pour lui, nous sommes convaincus que, si cette preuve directe se rapportant aux 13 autres électeurs avait été portée à son attention, il aurait accepté leurs votes.

[95] Des éléments de preuve indiquent que 13 des 16 électeurs en cause étaient inscrits sur une liste électorale d'Etobicoke-Centre : trois d'entre eux figuraient sur une liste électorale établie pour la section de vote n° 31, et les 10 autres, sur des listes d'autres sections de vote. Cette information se trouvait dans la preuve soumise au juge saisi de la requête (m.i. (M. Opitz), par. 45). Un tableau dressé par Élections Canada établit une correspondance entre les noms et adresses de 13 électeurs et des noms inscrits sur ces listes électorales. Deux électeurs figuraient sur une liste électorale établie pour la section de vote n° 28, quatre sur une liste établie pour la section de vote n° 29, deux sur une liste établie pour la section de vote n° 30, trois sur une liste établie pour la section de vote n° 31 et deux sur une liste du bureau de scrutin n° 33. Cette information provient d'une source indépendante et M. Wrzesnewskyj n'en conteste pas la fiabilité. Au contraire, dans un autre tableau, dressé par M. Wrzesnewskyj lui-même, ces 13 personnes sont inscrites et la mention suivante figure à côté des données les identifiant : [TRADUCTION] « Électeur sur la liste électorale officielle : Oui » (m.a. (M. Wrzesnewskyj), à l'annexe C). Selon l'art. 149, tous ces électeurs sauf les trois qui résident habituellement dans la section de vote n° 31 devaient remettre un certificat d'inscription pour voter au bureau de scrutin n° 31. Cependant, le fait que les 10 électeurs figurent sur une liste électorale établie pour une autre section de vote d'Etobicoke-Centre fait foi de leur âge, de leur citoyenneté et du fait qu'ils résident dans cette section de vote (et par le fait même, dans la circonscription d'Etobicoke-Centre).

[96] The basis upon which our colleagues would restore these 10 votes is, in our respectful view, inconsistent with their emphasis on the plain words of s. 149 of the Act and their concern about certainty at the time the voter casts his ballot (paras. 165-66). The plain language of s. 149 provides that “[a]n elector whose name does not appear on the official list of electors in his or her polling station shall not be allowed to vote unless . . . the elector gives the deputy returning officer a registration certificate”. It is not clear why, following the minority’s approach, under which a voter is not entitled to vote unless all procedural safeguards are followed, it is sufficient that a voter be on the list of electors at another polling division (para. 165). Furthermore, to consider the lists of electors from other polling divisions — while consistent with our approach — is contrary to our colleagues’ position that to ensure certainty in the electoral process, a voter must establish his entitlement before receiving and casting a ballot (para. 166). The 10 voters’ names were not on the OLE for poll 31. Information from OLEs of other polling divisions was not before the DRO at poll 31 at the time the ballots were cast. Information from these other lists only came to light during the contested election application, when brought before the application judge.

[97] We would not invalidate any of the 16 votes at poll 31. For 14 voters there is direct evidence of their entitlement to vote. We have restored the remaining 2 votes for the reasons stated above. Deducting the one vote already allowed by the application judge, the total number of votes restored on appeal is 15.

(2) Poll 426 (26 Votes at Issue)

[98] At poll 426, the poll book page “RECORD OF ELECTORS VOTING BY *REGISTRATION CERTIFICATE*” lists 33 names with no addresses. After the election, none of the 33 registration

[96] Nous estimons, en toute déférence, que la raison pour laquelle nos collègues sont d’avis de rétablir ces 10 votes est incompatible avec l’importance qu’ils accordent aux termes clairs de l’art. 149 de la Loi et avec leur préoccupation pour l’objectif de certitude au moment où l’électeur vote (par. 165-166). Les termes clairs utilisés à l’art. 149 prévoient que « [l]’électeur dont le nom ne figure pas sur la liste électorale officielle du bureau de scrutin n’est admis à voter que dans l’un ou l’autre des cas suivants : [...] il remet au scrutateur un certificat d’inscription ». On ne saurait dire pourquoi, selon l’approche minoritaire voulant qu’un électeur n’ait pas le droit de voter s’il n’a pas respecté toutes les mesures de contrôle procédurales, il suffit que l’électeur figure sur la liste électorale d’une autre section de vote (par. 165). De plus, le fait de tenir compte des listes électorales des autres sections de vote — bien que conforme à notre propre approche — va à l’encontre du point de vue de nos collègues selon lequel l’objectif de certitude du processus électoral exige que l’électeur établisse son droit de voter avant de recevoir un bulletin de vote et de le déposer dans l’urne (par. 166). Le nom des 10 électeurs ne figurait pas sur la LÉO établie pour la section de vote n° 31. Le scrutateur du bureau de scrutin n° 31 ne détenait pas les renseignements figurant sur les LÉO des autres sections de vote au moment où ces 10 électeurs ont voté. Les renseignements tirés des autres listes ont été révélés seulement au cours de la procédure de contestation de l’élection, lorsqu’ils ont été présentés au juge saisi de la requête.

[97] Nous sommes d’avis de n’invalider aucun des 16 votes enregistrés au bureau de scrutin n° 31. Une preuve directe établit le droit de voter de 14 électeurs. Nous avons rétabli les deux autres votes pour les motifs exposés ci-dessus. La déduction du vote déjà accepté par le juge de première instance porte à 15 le total des votes rétablis en appel.

(2) Bureau de scrutin n° 426 (26 votes en litige)

[98] Au bureau de scrutin n° 426, 33 noms figurent sur la page du cahier du scrutin intitulée « REGISTRE DES ÉLECTEURS VOTANT PAR *CERTIFICAT D’INSCRIPTION* », mais on n’y

certificates could be found. The application judge noted that 7 of the 33 electors whose votes were at issue were on the OLE and thus the registration certificates were superfluous, and need not have been completed. Their presence on the OLE established their age and citizenship. The application judge allowed those 7 votes to stand.

[99] For the remaining 26 voters, the application judge reversed the onus of proof on two occasions when making his crucial findings on the validity of the votes. He wrote, first: “The question is . . . whether, in the circumstances, I am prepared to find that these 33 people certified that they were qualified to vote” (para. 113 (emphasis added)). On the second occasion, he wrote: “I am not prepared to find that, on a balance of probabilities, these 33 people declared that they were qualified to vote” (para. 115 (emphasis added)).

[100] As with poll 31, Mr. Wrzesnewskyj has not established that there was an “irregularity” with respect to the 26 voters. The absence of registration certificates raises the question of whether the certificates were in fact completed. The burden rested on Mr. Wrzesnewskyj to establish that the certificates were not filled out. He relied on four pieces of evidence. First, there were no registration certificates. Second, another poll book page which should serve to tally up the number of people who voted by registration certificate was not completed. Third, the poll book pages recording those who took oaths and those who vouched were blank. Fourth, the 33 people were not added to the FLE.

[101] As we stated with poll 31, that the certificates were missing and that the FLE was not updated are also consistent with the explanation that the completed certificates were lost after the election. If the certificates never arrived in the hands of the returning officer, he could not have used them to update the OLE and the CEO could not have updated the FLE with that information. This alleged

trouve aucune adresse. Aucun des 33 certificats d’inscription n’a pu être retrouvé après l’élection. Le juge de première instance a souligné que 7 des 33 électeurs dont les votes sont en litige figuraient sur la LÉO, de sorte que les certificats étaient superflus et n’avaient pas à être remplis. Leur inscription sur cette liste faisait foi de leur âge et de leur citoyenneté. Le juge de première instance a permis que ces 7 votes soient inclus dans le décompte.

[99] Quant aux 26 autres électeurs, le juge saisi de la requête a inversé deux fois le fardeau de la preuve pour tirer ses conclusions fondamentales sur la validité de leurs votes. Il a d’abord écrit : [TRADUCTION] « La question est [. . .] de savoir si, dans les circonstances, je suis disposé à conclure que ces 33 personnes ont attesté avoir qualité d’électeur » (par. 113 (nous soulignons)). La deuxième fois, il a écrit : « Je ne suis pas disposé à conclure, selon la prépondérance des probabilités, que ces 33 personnes ont déclaré avoir qualité d’électeur » (par. 115 (nous soulignons)).

[100] Comme dans le cas du bureau de scrutin n° 31, M. Wrzesnewskyj n’a pas établi qu’il y avait eu « irrégularité » en ce qui concerne les 26 électeurs. L’absence de certificats d’inscription soulève la question de savoir si les certificats ont effectivement été remplis. Il incombaît à M. Wrzesnewskyj de prouver qu’ils ne l’ont pas été. Il s’est appuyé à cette fin sur quatre éléments. Premièrement, il n’y avait pas de certificats d’inscription. Deuxièmement, une autre page du cahier du scrutin qui devait servir à dénombrer les personnes ayant voté sur remise d’un certificat d’inscription n’a pas été remplie. Troisièmement, les pages du cahier du scrutin où doit être consigné le nom des personnes ayant prêté serment et de celles qui ont agi comme répondants sont vierges. Quatrièmement, ces 33 personnes n’ont pas été inscrites sur la LÉD.

[101] Comme nous l’avons mentionné au sujet du bureau de scrutin n° 31, l’absence des certificats et l’omission d’avoir mis à jour la LÉD sont aussi compatibles avec l’explication que les certificats remplis ont été égarés après l’élection. Si le directeur du scrutin ne les a jamais reçus, il n’a pas pu s’en servir pour mettre la LÉO à jour et le DGÉ n’a pas pu mettre la LÉD à jour à l’aide de ces renseignements. Cette

fourth discrepancy is tied into the first; it is not an independent basis for finding that the certificates were not completed. That the pages for oaths and for vouching were blank is consistent with these people providing photographic identification rather than establishing their addresses through vouching.

[102] There was evidence that the registration certificates had been completed but misplaced after the election. First, the poll book listed the names of 33 persons having completed certificates. Second, the DRO, when asked eight months after the election, said she thought she had completed the 33 certificates. An email dated January 4, 2012, from the respondent Allan Sperling, the returning officer for Etobicoke Centre, to Trevor Knight, a lawyer at the Office of the CEO, reads:

I spoke to . . . the DRO at 426. She said that 33 registrants sounds about right and they did not record addresses in the poll book because this was a stand-alone poll (a senior's residence) so everyone lived there (which they checked).

She did say she thought they completed the registration certificates and returned them as per process, and added she has done this many times, so knows the process. She is going to talk to her PC [poll clerk] who is usually her partner on election day to see if she can remember anything. [J.C.R., vol. 6, at tab 53]

[103] The application judge placed little weight on the DRO's comments:

The comment that the deputy returning officer "thought" the forms were completed is not definitive, and the statement that "33 sounds about right" is too general to provide much confidence as to whether these documents were completed. [para. 115]

With respect, we see the matter differently. Any vagueness in the DRO's evidence is consistent with her being asked to recall something that occurred eight months earlier. Her recollection provides direct evidence that she knew she had to complete registration certificates.

prétendue quatrième anomalie est liée à la première; elle n'étaye pas de façon indépendante la conclusion que les certificats n'ont pas été remplis. Il se peut que les pages consacrées aux serments et aux répondants soient vierges parce que ces personnes ont produit une pièce d'identité munie d'une photo plutôt que de faire établir leur adresse par un répondant.

[102] On a présenté une preuve indiquant que les certificats d'inscription ont été remplis, mais qu'ils ont été égarés après l'élection. En premier lieu, les noms de 33 personnes ayant rempli des certificats figuraient dans le cahier du scrutin. En deuxième lieu, interrogée à ce sujet huit mois après l'élection, la scrutatrice a répondu qu'elle croyait avoir rempli les 33 certificats. Voici le texte d'un courriel envoyé le 4 janvier 2012 par l'intimé Allan Sperling, le directeur du scrutin d'Etobicoke-Centre, à Trevor Knight, un avocat du Bureau du DGÉ :

[TRADUCTION] J'ai parlé à [. . .], la scrutatrice du bureau de scrutin n° 426. Selon elle, le nombre de 33 personnes inscrites semble à peu près exact et ils n'ont pas consigné les adresses dans le cahier du scrutin parce qu'ils travaillaient dans un bureau de scrutin séparé (une résidence pour personnes âgées), alors tout le monde y habitait (ils l'ont vérifié).

Elle a dit croire qu'ils avaient rempli les certificats d'inscription et les avaient retournés conformément à la procédure. Elle a aussi dit avoir fait cela à de nombreuses reprises, elle connaît donc la procédure. Elle va parler à sa GS [greffière du scrutin], avec qui elle travaille d'habitude le jour du scrutin, pour savoir si elle se rappelle quelque chose. [d.c.c., vol. 6, l'onglet 53]

[103] Le juge saisi de la requête a accordé peu de poids aux remarques de la scrutatrice :

[TRADUCTION] La remarque voulant que la scrutatrice « croi[e] » que les formulaires ont été remplis n'est guère concluante, et l'affirmation selon laquelle « le nombre de 33 personnes inscrites semble à peu près exact » est trop générale pour établir avec beaucoup de certitude si ces documents ont été remplis. [par. 115]

En toute déférence, nous voyons les choses autrement. Toute imprécision dans le témoignage de la scrutatrice s'accorde avec le fait qu'on lui a demandé de se rappeler un fait survenu huit mois plus tôt. Son souvenir prouve directement qu'elle était consciente de son obligation de remplir les certificats d'inscription.

[104] Mr. Opitz argues that, to find that the registration certificates were not completed would require the following assumptions: (a) the DRO and the poll clerk ignored their training; (b) the DRO did not know or ignored that an unregistered voter must complete a registration certificate; and (c) despite not following the registration procedure, the DRO or poll clerk still recorded the names of these 26 people in the list of those who voted by certificate. In light of the DRO's comments in the email and the evidence that the poll clerk filled out the relevant poll book page, these three assumptions are improbable, to say the least.

[105] Considering the evidence as a whole, Mr. Wrzesnewskyj has failed to satisfy us that there was an irregularity. We would restore these 26 votes.

(3) Poll 174 (8 Votes at Issue)

[106] At poll 174, eight persons on the OLE did not have identification and required vouching to establish their identity. The page listing *vouchers* is completed with eight names, but the page that should list *vouchees* is not filled in. However, next to the name of each *voucher* is an indication of the relationship of the voucher to the vouchee (e.g., "spouse" or "mother").

[107] Not recording the names of vouchees contravenes s. 162(f) of the Act. However, there is a distinction between proper vouching and proper record-keeping of vouching. Vouching is a means of establishing identity and residence. Vouching establishes the relation between the person who is physically present at the polling station and that person's attributes of age, citizenship and residency. Improper vouching can amount to an "irregularity" if it means that identity and residence were not established, which go to entitlement. By contrast, incorrect *record-keeping*

[104] M. Opitz soutient que, pour conclure que les certificats d'inscription n'ont pas été remplis, il faudrait se fonder sur les suppositions suivantes : (a) la scrutatrice et le greffier du scrutin n'ont pas tenu compte de la formation qui leur avait été donnée; (b) la scrutatrice ne savait pas ou n'a pas tenu compte du fait qu'un électeur non inscrit sur la liste électorale doit remplir un certificat d'inscription; et (c) bien qu'ils n'aient pas suivi la procédure d'inscription, la scrutatrice ou le greffier du scrutin ont malgré tout inscrit les noms de ces 26 personnes sur la liste des électeurs ayant voté sur remise d'un certificat. Vu les propos de la scrutatrice rapportés dans le courriel et la preuve que le greffier du scrutin a rempli la page pertinente du cahier du scrutin, les trois suppositions susmentionnées sont pour le moins peu vraisemblables.

[105] Compte tenu de l'ensemble de la preuve, M. Wrzesnewskyj ne nous a pas convaincus qu'une irrégularité était survenue. Nous sommes d'avis de rétablir ces 26 votes.

(3) Bureau de scrutin n° 174 (8 votes en litige)

[106] Au bureau de scrutin n° 174, huit personnes inscrites sur la LÉO n'avaient pas de pièce d'identité et devaient avoir recours à un répondant pour faire établir leur identité. Huit noms apparaissent sur la page qui contient la liste des *répondants*, mais la page sur laquelle doivent figurer les *personnes dont quelqu'un répond* n'est pas remplie. Le lien entre le répondant et la personne dont il répond (p. ex., « conjoint » ou « mère ») est toutefois indiqué à côté du nom de chaque *répondant*.

[107] L'omission de consigner les noms des personnes dont quelqu'un répond contrevient à l'al. 162f) de la Loi. Il faut cependant faire la distinction entre le respect des règles d'identification par un répondant et le respect des règles de consignation de cette procédure dans les registres. Le recours à un répondant sert à établir l'identité et la résidence d'un électeur. Cette procédure établit le lien entre la personne présente au bureau de scrutin et ses attributs, en l'occurrence son âge, sa citoyenneté et sa résidence. Le non-respect des règles d'identification par un répondant peut constituer une

of vouching, on its own, cannot amount to an “irregularity”.

[108] Based on the evidence, it can easily be inferred that vouching was properly conducted. There were persons on the OLE who, in terms of last names, addresses and ages, matched the familial relationship in question. It is easy to identify the full names of the vouchees from the information noted. Initials have been used in these reasons because of a confidentiality order applicable to names of voters. To give one example, the page of vouchers indicates that “L.F.” vouched for her spouse. The page for vouchees is blank, and so we do not know from that page of the poll book the name of her spouse. However, the OLE contains only two persons with the same last name: L.F. and A.F. with the same address, born in 1935 and 1932 respectively. It is a reasonable inference that A.F. is the spouse in question.

[109] The application judge disregarded this evidence, calling it a “forensic analysis” (para. 146). With respect, such labelling does not justify a refusal to take account of relevant evidence and draw reasonable inferences from it. The identification of the vouchees is easily determined on the evidence before the Court. Mr. Wrzesnewskyj has not satisfied us that there was an irregularity. We would restore these eight votes.

(4) Poll 89 (10 Votes at Issue)

[110] On a registration certificate, an elector is required to sign in Box 5 after the following declaration:

I, the person whose name appears in Box 1, certify that I am a Canadian citizen, 18 years of age or over on polling day and have been ordinarily resident at the address appearing in box 2. . . . I certify that the information provided on this form is accurate.

« irrégularité » si l’identité et la résidence n’ont pas été établies, car c’est alors le droit de voter qui est en cause. À l’opposé, le non-respect des règles de *consignation* de cette procédure *dans les registres* ne peut constituer à elle seule une « irrégularité ».

[108] On peut facilement conclure de la preuve que les règles d’identification par un répondant ont été suivies. Il y a des personnes figurant sur la LÉO dont le nom de famille, l’adresse et l’âge concordent avec le lien de parenté en question. Il est facile de trouver les noms complets des électeurs dont un autre électeur a répondu à partir des renseignements consignés. Les initiales sont employées dans les présents motifs en raison d’une ordonnance de confidentialité visant les noms des électeurs. À titre d’exemple, la page consacrée aux répondants indique que « L.F. » a répondu de son conjoint. La page consacrée aux électeurs de qui un autre électeur a répondu est vierge; cette page du cahier du scrutin ne permet donc pas de connaître le nom de son conjoint. Par contre, on ne trouve sur la LÉO que deux personnes ayant le même nom de famille, L.F. et A.F., vivant à la même adresse et nées respectivement en 1935 et 1932. On peut raisonnablement déduire qu’A.F. est le conjoint de L.F.

[109] Le juge saisi de la requête n’a pas tenu compte de cette preuve, la qualifiant d’[TRADUCTION] « analyse criminalistique » (par. 146). Soit dit en toute déférence, cette qualification ne justifie pas le refus de prendre en considération la preuve pertinente et d’en tirer des conclusions raisonnables. Il est facile d’identifier les personnes dont les autres électeurs ont répondu à partir de la preuve soumise à la Cour. M. Wrzesnewskyj ne nous a pas convaincus qu’il y avait irrégularité. Nous sommes d’avis de rétablir les huit votes en question.

(4) Bureau de scrutin n° 89 (10 votes en litige)

[110] L’électeur doit signer à la case n° 5 du certificat d’inscription sous la déclaration suivante :

Je, dont le nom apparaît dans la case n° 1, certifie que je suis citoyen canadien, que j’ai 18 ans ou plus le jour du scrutin et que je réside habituellement à l’adresse indiquée à la case n° 2. [. . .] Je déclare que les renseignements fournis ci-haut sont exacts.

An election official must sign below in Box 6. In poll 89, the official signed the 10 certificates in the place where the voter was supposed to sign. There were no voter signatures.

[111] This is the one instance where Mr. Wrzesnewskyj has established an “irregularity”: there is no signature, contrary to s. 161(4) of the Act, and this goes to entitlement to vote since the declaration serves to establish age and citizenship. From this, the application judge concluded that he should reject the 10 votes with unsigned certificates:

Any understanding of the registration certificate should begin with a reading that is consistent with what is present on its face. . . . In my mind, it is more likely that the polling official . . . did not deal with citizenship. In the absence of any indication that the question of qualification was raised, I am not prepared to find that citizenship was certified. . . .

. . . There is nothing to suggest that the prospective voters were asked to, or did, declare they were qualified to vote. [paras. 126-27]

[112] With respect, we believe the application judge stopped short of the mark. In our view, he focused exclusively on the absence of voters’ signatures and failed to consider other evidence from which it could reasonably be inferred that the 10 voters were entitled to vote. The election official completed each registration certificate in full. On each certificate, he took down the elector’s first and last name, full address, and date of birth. He signed and dated the certificate. He rewrote all 10 names and addresses on the poll book page “RECORD OF ELECTORS VOTING BY *REGISTRATION CERTIFICATE*”.

[113] The application judge did not consider this evidence. In our view, he erred in failing to do so. Accordingly, his findings are not entitled to deference.

Un fonctionnaire électoral doit signer plus bas, à la case n° 6. Au bureau de scrutin n° 89, le fonctionnaire a apposé sa signature sur les 10 certificats à l’endroit où l’électeur était censé signer. Aucune signature d’électeur n’apparaît sur ces certificats.

[111] C’est le seul cas où M. Wrzesnewskyj a établi une « irrégularité » : aucune signature n’apparaît, en contravention du par. 161(4) de la Loi, et cette irrégularité concerne le droit de voter de l’électeur parce que la déclaration vise à établir son âge et sa citoyenneté. Le juge saisi de la requête en a déduit qu’il devait rejeter les votes des 10 électeurs n’ayant pas signé leur certificat d’inscription :

[TRADUCTION] La compréhension du certificat d’inscription doit se fonder sur une interprétation conforme à ce qui y figure clairement. [...] À mon avis, il est probable que le fonctionnaire du scrutin [...] n’a pas examiné la citoyenneté. Faute d’indication que la question de la qualité d’électeur a été soulevée, je ne suis pas disposé à conclure que l’électeur a attesté être citoyen canadien . . .

. . . Rien n’indique qu’on a demandé aux électeurs potentiels de déclarer avoir qualité d’électeur ou qu’ils ont déclaré avoir cette qualité. [par. 126-127]

[112] En toute déférence, nous croyons que le juge saisi de la requête n’a pas examiné la question sous tous ses angles. À notre avis, il s’est attaché exclusivement à l’absence de signatures des électeurs et a fait abstraction d’autres éléments de preuve qui permettaient raisonnablement de conclure que ces 10 électeurs avaient le droit de voter. Le fonctionnaire électoral a rempli entièrement tous les certificats d’inscription. Il a inscrit sur chacun d’eux les prénom, nom de famille, adresse complète et date de naissance de l’électeur concerné. Il a signé et daté les certificats. Il a également retranscrit les 10 noms et adresses sur la page du cahier du scrutin qui a pour titre « REGISTRE DES ÉLECTEURS VOTANT PAR *CERTIFICAT D’INSCRIPTION* ».

[113] Le juge saisi de la requête n’a pas tenu compte de cette preuve. Nous estimons qu’il a commis une erreur en s’en abstenant. Il n’y a donc pas lieu de faire preuve de retenu à l’égard de ses conclusions.

[114] This is not a situation in which the certificates do not have any signature on them. The 10 misplaced signatures are consistent with a clerical mistake. The mistake was outside the voters' control. From the election official's signature, it is reasonable to infer, in the absence of evidence to the contrary, that he knew the prerequisites that needed to be met for a voter to register and was satisfied that they were met in each case.

[115] Absent evidence of fraud or corruption, we find it highly improbable that the election official would put his signature on completely filled out registration forms without being satisfied of the voters' entitlement to vote, on 10 separate occasions. We would restore these 10 votes.

[116] Moreover, one of the voters with an unsigned registration certificate is on the OLE for poll 89. That voter did not need to complete a registration certificate at all. Her presence on the OLE established her age and citizenship.

(5) Conclusion on Mr. Opitz's Appeal

[117] We would allow Mr. Opitz's appeal and restore 15 votes at poll 31, 26 votes at poll 426, 8 votes at poll 174 and 10 votes at poll 89. The total restored is 59 votes. This leaves 20 votes that have not been restored. Under the magic number test, 20 votes is less than the winner's plurality of 26. It is not necessary to discuss the remainder of the votes rejected by the application judge because, as we explain below, we would dismiss Mr. Wrzesnewskyj's cross-appeal. Although we have not discussed the remaining 20 votes in these reasons, we have considered them and we have no reason to believe that any of the 20 voters were not in fact entitled to vote.

[114] Nous ne sommes pas devant des certificats qui ne portent aucune signature. Les 10 signatures apposées au mauvais endroit sont compatibles avec une erreur d'écriture. Cette erreur était indépendante de la volonté des électeurs. En l'absence de preuve contraire, on peut raisonnablement conclure de la signature du fonctionnaire électoral qu'il était au fait des conditions préalables que devait remplir l'électeur pour s'inscrire et qu'il était convaincu que ces conditions avaient été remplies dans tous les cas.

[115] Sans preuve de fraude ou de manœuvre frauduleuse, il nous apparaît fort improbable que le scrutateur ait apposé à 10 occasions distinctes sa signature sur des formulaires d'inscription entièrement remplis sans être convaincu que les électeurs en cause avaient le droit de voter. Nous sommes d'avis de rétablir ces 10 votes.

[116] Qui plus est, une électrice dont le certificat d'inscription n'est pas signé figure sur la LÉO établie pour la section de vote n° 89. Cette électrice n'était nullement tenue de remplir un certificat. Son inscription sur la LÉO faisait foi de son âge et de sa citoyenneté.

(5) Conclusion sur le pourvoi formé par M. Opitz

[117] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi de M. Opitz et de rétablir 15 votes au bureau de scrutin n° 31, 26 votes au bureau de scrutin n° 426, 8 votes au bureau de scrutin n° 174 et 10 votes au bureau de scrutin n° 89. Le total des votes rétablis s'élève à 59. Vingt votes n'ont donc pas été rétablis. Selon le critère du nombre magique, le nombre de 20 votes est inférieur à la majorité de 26 voix obtenue par le vainqueur. Point n'est besoin d'analyser les autres votes rejetés par le juge de première instance, car, comme nous l'expliquons plus loin, nous sommes d'avis de rejeter l'appel incident de M. Wrzesnewskyj. Bien que nous n'ayons pas traité des 20 autres votes dans les présents motifs, nous les avons examinés et nous n'avons aucune raison de croire que l'un de ces 20 électeurs n'avait en fait pas le droit de voter.

B. *Mr. Wrzesnewskyj's Cross-Appeal*

(1) Incorrect Polling Division (Polls 16 and 31)

[118] Mr. Wrzesnewskyj alleges that the application judge should have disqualified votes where the elector voted within the proper electoral district, but in the incorrect polling division. At issue are one vote in poll 16 and 66 votes in poll 31. The electors voted by registration certificate and listed an address within Etobicoke Centre, but outside the polling divisions for polls 16 and 31.

[119] Voting in the wrong polling division has no effect on the result of the election; the ballot boxes from each polling division are aggregated in the overall tally for the electoral district. It is not comparable to voting in the incorrect riding, for a different member of Parliament. Polling divisions exist for administrative and practical efficiency on election day. We see no reason to disturb the application judge's finding that these votes should stand.

(2) Address Oaths Requiring Vouching (Polls 16 and 21)

[120] Mr. Wrzesnewskyj argues that the application judge should have disqualified six votes at poll 16 and six at poll 21 where the poll books do not record which type of oath was taken, contrary to s. 162(f) of the Act. On the page in each poll book for electors who swore oaths, alongside each name is the notation "no address ID" or no notation at all. Mr. Wrzesnewskyj argued that "no address ID" meant that each voter did not have identification and thus needed to be vouched for, pursuant to s. 143(3). The absence of vouchers' names would imply vouching had not been performed. Because

B. *Appel incident de M. Wrzesnewskyj*

(1) Mauvaise section de vote (bureaux de scrutin n° 16 et n° 31)

[118] M. Wrzesnewskyj soutient que le juge de première instance aurait dû rejeter les votes d'électeurs ayant voté dans la bonne circonscription, mais dans la mauvaise section de vote. Le litige porte sur un vote enregistré au bureau de scrutin n° 16 et 66 votes enregistrés au bureau de scrutin n° 31. Les électeurs en cause ont voté sur remise d'un certificat d'inscription et ont décliné une adresse située dans Etobicoke-Centre, mais à l'extérieur des sections de vote n°s 16 et 31.

[119] Le fait de voter dans la mauvaise section de vote n'a aucune incidence sur le résultat de l'élection; on regroupe les urnes de chaque section de vote pour le décompte du total des votes enregistrés dans la circonscription. Ce n'est pas comparable au fait de voter dans la mauvaise circonscription à l'élection du député de cette autre circonscription. Les sections de vote existent par souci d'efficacité administrative et pratique le jour du scrutin. Nous ne voyons aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance que ces votes doivent être inclus dans le décompte.

(2) Serments relatifs à l'adresse exigeant le recours à un répondant (bureaux de scrutin n°s 16 et 21)

[120] M. Wrzesnewskyj soutient que le juge de première instance aurait dû rejeter six votes du bureau de scrutin n° 16 et six votes du bureau de scrutin n° 21 parce que les cahiers du scrutin n'indiquent pas quel type de serment a été prêté, ce qui contrevient à l'al. 162f) de la Loi. Sur la page de tous les cahiers du scrutin consacrée aux électeurs ayant prêté serment, chaque nom est accompagné de la mention [TRADUCTION] « aucune pièce d'identité indiquant l'adresse » ou n'est accompagné d'aucune mention. Selon M. Wrzesnewskyj, la mention « aucune pièce d'identité indiquant l'adresse » signifie qu'aucun

vouching is a means of identification, this would be non-compliance going to entitlement.

[121] The application judge found that it was not possible to “so carefully parse the words ‘no address ID’ to ascertain with certainty the circumstances in which the oath was required” (para. 138). On its face, the poll book could reflect the circumstance contemplated by s. 143(3.2), where a “candidate or candidate’s representative who has reasonable doubts concerning the residence of an elector referred to in that subsection may request that the elector take the prescribed oath”. No vouching would then be needed. We see no basis for interfering with the application judge’s finding.

(3) Registration Certificate Not Completed (Poll 89)

[122] In poll 89, two voters were not on the OLE, and thus required a registration certificate to vote. However, no certificates were found and they were not listed on the page for electors voting by registration certificate. This suggests that no registration certificates were completed.

[123] However, there is evidence that the voters were entitled to vote. Both voters were listed in the poll book under “RECORD OF ELECTORS REQUIRING AN OATH” and are shown as having been vouched for by relatives, with names and addresses provided. The oath sworn to by the vouchee reads:

OATH OF PERSON VOUCHEED FOR

You swear or solemnly affirm that:

- you are (state name) of (state address);
- you have attained 18 years of age;

des électeurs en cause n'avait de pièce d'identité et qu'un autre électeur devait répondre d'eux conformément au par. 143(3). L'absence du nom des répondants laisserait supposer qu'il n'y a pas eu de répondants. Puisque le recours à un répondant constitue un moyen d'identification, cette violation de la Loi met en cause le droit de voter.

[121] Le juge saisi de la requête a conclu à l'impossibilité d'[TRADUCTION] « interpréter aussi précisément les mots “aucune pièce d'identité indiquant l'adresse” pour établir avec certitude les circonstances dans lesquelles le serment avait été exigé » (par. 138). À première vue, le cahier du scrutin peut illustrer la situation, visée par le par. 143(3.2), où le « candidat ou son représentant qui a des doutes raisonnables au sujet de la résidence de l'électeur peut lui demander de prêter le serment prescrit ». Il ne serait alors pas nécessaire de recourir à un répondant. Nous ne voyons aucune raison de modifier la conclusion du juge saisi de la requête sur ce point.

(3) Omission de remplir le certificat d'inscription (bureau de scrutin n° 89)

[122] Au bureau de scrutin 89, deux électeurs ne figuraient pas sur la LÉO et devaient donc remplir un certificat d'inscription pour voter. Aucun certificat n'a cependant été retrouvé ni mentionné sur la page consacrée aux électeurs votant sur remise d'un certificat d'inscription. Cela semble indiquer qu'aucun certificat d'inscription n'a été rempli.

[123] La preuve révèle toutefois que les deux électeurs avaient le droit de voter. En effet, leur nom figure dans le cahier du scrutin sous le titre « REGISTRE DES ÉLECTEURS DEVANT PRÊTER SERMENT » et il est indiqué que des parents, dont les nom et adresse sont fournis, ont répondu d'eux. Le serment d'une personne dont quelqu'un répond est rédigé ainsi :

SERMENT D'UNE PERSONNE DONT QUELQU'UN RÉPOND

Vous jurez ou affirmez solennellement que :

- vous êtes (nom) de (adresse);
- vous avez atteint l'âge de 18 ans;

- you are a Canadian citizen;
- you are a resident of this polling division;
- you have not already voted at this electoral event

(If sworn, add SO HELP YOU GOD)

(Sample Poll Book, at p. 15, see J.C.R., vol. 1, at tab 12.)

[124] The application judge was satisfied that both voters had sworn this oath. We have no reason to question this finding.

(4) No Voucher Name, Only Voucher's Relationship to Vouchee (Polls 89 and 400)

[125] Two voters in poll 89 and two voters in poll 400 are on the OLE but are also on the list of vouchees. That can only mean that they did not have sufficient identification. For each, the names of their respective vouchers are missing. Instead of a name, the voucher is identified by his or her relationship to the vouchee (e.g., mother, daughter-in-law) followed by "ditto marks" to indicate they have the same address as the vouchee. The scenario is virtually identical to that at poll 174 addressed earlier, with the only difference being that here it is the name of the *voucher*, and not of the *vouchee*, that is missing. Mr. Wrzesnewskyj submits that the absence of names amounts to an irregularity. This issue was not raised before the application judge. For the same reasons as we gave for poll 174 above, we find that this is not an irregularity. We dismiss Mr. Wrzesnewskyj's argument with respect to these four voters.

(5) Missing Vouchers (Poll 400)

[126] Mr. Wrzesnewskyj alleges the application judge should have discounted six votes at

- vous avez la citoyenneté canadienne;
- vous résidez dans cette section de vote;
- vous n'avez pas déjà voté au scrutin en cours.

(Si le serment est prêté, ajoutez AINSI DIEU VOUS SOIT EN AIDE)

(Exemple de cahier du scrutin, p. 15, voir le d.c.c., vol. 1, onglet 12.)

[124] Le juge saisi de la requête était convaincu que les deux électeurs ont prêté le serment reproduit ci-dessus. Nous n'avons aucune raison de mettre en doute cette conclusion.

(4) Absence du nom du répondant, qui n'est identifié que par le lien qui l'unit à la personne dont il répond (bureaux de scrutin nos 89 et 400)

[125] Deux électeurs du bureau de scrutin n° 89 et deux électeurs du bureau de scrutin n° 400 figurent non seulement sur la LÉO, mais aussi sur la liste des personnes dont quelqu'un a répondu. Cela peut seulement signifier qu'ils n'avaient pas de pièces d'identité adéquates. Il manque le nom du répondant de chacun de ces électeurs. Le répondant est plutôt identifié par le lien qui l'unit à la personne dont il répond (p. ex. mère, bru), suivi de « guillemets de répétition » pour indiquer qu'il vit à la même adresse que la personne dont il répond. Cette situation est pratiquement identique à celle survenue au bureau de scrutin n° 174 que nous avons examinée plus tôt, à la différence près que, dans ce cas-ci, il manque le nom du *répondant*, et non celui de la *personne dont il répond*. M. Wrzesnewskyj affirme que l'absence de noms constitue une irrégularité. Cette question n'a pas été soulevée devant le juge saisi de la requête. Pour les mêmes raisons que nous avons données ci-dessus à propos du bureau de scrutin n° 174, nous estimons qu'il ne s'agit pas d'une irrégularité. Nous rejetons l'argument avancé par M. Wrzesnewskyj relativement à ces quatre électeurs.

(5) Répondants introuvables (bureau de scrutin n° 400)

[126] M. Wrzesnewskyj prétend que le juge saisi de la requête aurait dû écarter six votes pour le

poll 400. Page 31 of the poll book indicates: “The total number of electors who were vouched for at this polling station is: 16.” But p. 23 shows only 10 vouchers. The application judge found that the remaining six people swore oaths that did not require vouching, such as for error in the spelling of their name on the OLE or in order to assist another elector at the poll booth. Implicit in this is that the number “16” was a clerical error on the poll clerk’s behalf: 16 people swore oaths, but only 10 were in the context of vouching. We see no reason to interfere.

bureau de scrutin n° 400. Il est indiqué ce qui suit à la page 31 du cahier du scrutin : « Le nombre total des électeurs qui se sont inscrits avec un répondant à ce bureau de scrutin est de : 16. » Mais d’après la p. 23, il n’y avait que 10 répondants. Le juge saisi de la requête a conclu que les six autres personnes ont prêté serment sans avoir besoin d’un répondant, par exemple, pour faire corriger une erreur dans l’orthographe de leur nom sur la LÉO ou pour aider un autre électeur dans l’isoloir. Il ressort implicitement de cette conclusion que l’inscription du nombre « 16 » était une erreur d’écriture commise par le greffier du scrutin : 16 personnes ont prêté serment, mais seulement 10 d’entre elles l’ont fait dans le contexte de la procédure d’identification par un répondant. Nous ne voyons aucune raison de modifier cette conclusion.

(6) Voters Alleged to Have Voted More Than Once (Poll 426)

[127] Mr. Wrzesnewskyj submits that six electors at poll 426 may have voted twice. Six names on the list of electors who voted by registration certificate match six names on the OLE. On the OLE, these six names are crossed off (meaning they were given a ballot) and checked off (meaning they voted). Their presence on the registration certificate list means they were given a ballot. Mr. Wrzesnewskyj argued that each of these six voted once by registration, and once by “enumeration”. The number of people checked off on the OLE (173) plus the number voting by certificate (33) added up to the total number of ballots (206). This would effectively count these six persons twice and, in Mr. Wrzesnewskyj’s submission, supports that those six had voted twice.

(6) Électeurs qui auraient voté plus d’une fois (bureau de scrutin n° 426)

[127] M. Wrzesnewskyj soutient que six électeurs ont peut-être voté deux fois au bureau de scrutin n° 426. La liste des électeurs ayant voté sur remise d’un certificat d’inscription contient six noms qui figurent également sur la LÉO, où ces six noms sont rayés (ce qui veut dire qu’on leur a remis un bulletin de vote) et cochés (ce qui signifie qu’ils ont voté). Ils figurent sur la liste des électeurs ayant voté sur remise d’un certificat d’inscription parce qu’on leur a remis un bulletin de vote. Selon M. Wrzesnewskyj, ces six électeurs ont tous voté une première fois sur remise d’un certificat d’inscription et une deuxième fois sur le fondement de leur inscription antérieure sur la liste électorale. La somme des personnes dont le nom a été coché sur la LÉO (173) et des électeurs ayant voté sur remise d’un certificat d’inscription (33) correspond au nombre total des bulletins de vote (206). On obtient effectivement ce résultat en comptant deux fois ces six électeurs et, de l’avis de M. Wrzesnewskyj, cela démontre qu’ils ont voté deux fois.

[128] At first instance, Mr. Wrzesnewskyj made a similar argument, saying that there were *five* electors on both lists. The application judge identified five instances on the OLE where a name

[128] M. Wrzesnewskyj a présenté un argument semblable en première instance, disant que *cinq* électeurs figuraient sur les deux listes. Le juge saisi de la requête a trouvé dans la LÉO cinq noms qui

was crossed off but not checked off. He concluded that the most logical explanation was that the election official simply neglected to *check off* these other five people as having voted (para. 89). This increased from 173 to 178 the number of persons who voted by enumeration. This meant there was no discrepancy in the count: people voting from the OLE (178) plus electors voting by registration (33) minus the five duplicates added to the total (206). Implicit in this explanation was that these five had voted by registration but the polling official had later found them on the OLE and crossed them off for good measure. The application judge concluded there was no evidence of double-voting. We would not disturb this finding of fact.

[129] Mr. Wrzesnewskyj now submits that there are *six* electors on both lists instead of five. The application judge only addressed the five that Mr. Wrzesnewskyj raised before him. Also within poll 426, Mr. Wrzesnewskyj raises another case where it appears a voter voted twice. On the list of 33 persons who voted by registration certificate, the same handwritten name appears twice: once as the 11th person, and once as the 31st person.

[130] In light of the fact that we have restored 59 votes, and that only 20 votes remain disqualified by the application judge, we need not consider these two allegations of double-voting. Assuming they can be raised for the first time on appeal, even if sound, they are not enough for Mr. Wrzesnewskyj's application under s. 524 to succeed.

(7) Conclusion on Cross-Appeal

[131] For the reasons given, we would dismiss Mr. Wrzesnewskyj's cross-appeal.

sont rayés, mais non cochés. Selon lui, l'explication la plus logique est que le fonctionnaire électoral a simplement omis *de cocher* les noms de ces cinq autres personnes pour indiquer qu'elles avaient voté (par. 89). Cette omission a fait passer de 173 à 178 le nombre de personnes ayant voté sur la base de leur inscription antérieure sur la LÉO. Il n'y a donc pas d'écart dans le calcul : la somme des électeurs déjà inscrits sur la LÉO (178) et de ceux ayant voté après s'être inscrits (33), à laquelle on soustrait les cinq personnes figurant sur les deux listes, correspond au total (206). Cette explication signifie implicitement que ces cinq personnes ont voté sur remise d'un certificat d'inscription, mais que le fonctionnaire du scrutin a trouvé plus tard leur nom dans la LÉO et l'a rayé par mesure de précaution. Le juge saisi de la requête a conclu qu'aucune preuve n'établissait que quelqu'un avait voté deux fois. Nous sommes d'avis de ne pas modifier cette conclusion de fait.

[129] M. Wrzesnewskyj soutient maintenant que *six* électeurs, plutôt que cinq, figurent sur les deux listes. Le juge saisi de la requête n'a analysé que les cas des cinq électeurs soulevés devant lui par M. Wrzesnewskyj. Celui-ci soulève par ailleurs un cas différent où il semble qu'un électeur ait voté deux fois, toujours au bureau de scrutin n° 426. Sur la liste des 33 électeurs ayant voté sur remise d'un certificat d'inscription, le même nom est écrit deux fois à la main, soit pour les 11^e et 31^e personnes inscrites.

[130] Puisque nous avons rétabli 59 votes, et qu'il reste seulement 20 votes rejetés par le juge de première instance, il n'est pas nécessaire d'examiner ces deux allégations voulant que deux électeurs aient voté deux fois. À supposer que l'on puisse les soulever pour la première fois en appel, ces allégations, même si elles étaient justifiées, sont insuffisantes pour que la requête présentée par M. Wrzesnewskyj en vertu de l'art. 524 soit accueillie.

(7) Conclusion sur l'appel incident

[131] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis de rejeter l'appel incident de M. Wrzesnewskyj.

V. Conclusion

[132] As indicated, we find it unnecessary to consider whether the balance of 20 votes rejected by the application judge should be restored. Even if these votes were properly rejected, they are fewer in number than the plurality of 26 votes. Had all 20 persons voted for Mr. Opitz, discounting them would not have been sufficient for Mr. Wrzesnewskyj to be successful in the election in Etobicoke Centre. For these reasons, we would allow the appeal, dismiss the cross-appeal and dismiss Mr. Wrzesnewskyj's application under s. 524 of the Act.

[133] In view of the circumstances of this case, there will be no award of costs.

VI. Motion to Adduce Fresh Evidence

[134] The CEO and the returning officer brought a motion for directions, seeking to adduce fresh evidence, pursuant to s. 62(3) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, and Rules 3 and 47 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156. The fresh evidence is a chart compiled by Elections Canada employees, based on the NROE. The employees matched handwritten names in the poll books of polls 426, 89 and 31 to names in the NROE. The NROE is periodically updated by reference to the FLE and to various governmental databases. Evidence from an NROE may be relevant in a contested election application. Presence of a name on the NROE is proof of that person's citizenship and age: s. 44 of the Act. Evidence from the NROE can be helpful to the application judge in assessing "irregularities . . . that affected the result of the election" because it serves as evidence of a voter's entitlement.

[135] Mr. Wrzesnewskyj objected to the introduction of the new evidence. As the proposed evidence

V. Conclusion

[132] Comme nous l'avons indiqué, nous estimons inutile de déterminer si les 20 votes restant rejetés par le juge de première instance doivent être rétablis. Même si ces votes avaient été rejetés à bon droit, leur nombre est inférieur à la majorité de 26 voix. Si les 20 personnes avaient toutes voté pour M. Opitz, le rejet de leurs votes n'aurait pas été suffisant pour que M. Wrzesnewskyj remporte l'élection dans Etobicoke-Centre. Pour ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, de rejeter l'appel incident et de rejeter la requête présentée par M. Wrzesnewskyj en vertu de l'art. 524 de la Loi.

[133] Compte tenu des circonstances du pourvoi, aucune ordonnance ne sera prononcée relativement aux dépens.

VI. Requête en présentation d'une nouvelle preuve

[134] Le DGÉ et le directeur du scrutin ont demandé des instructions par voie de requête dans le but de produire une nouvelle preuve, conformément au par. 62(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, et aux règles 3 et 47 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156. Cette nouvelle preuve est un tableau dressé par des fonctionnaires d'Élections Canada sur la base du RNÉ. Les fonctionnaires ont établi une correspondance entre des noms écrits à la main dans les cahiers du scrutin des bureaux de scrutin n°s 426, 89 et 31 et des noms inscrits dans le RNÉ, mis à jour périodiquement à partir de la LÉD et de différentes bases de données gouvernementales. La preuve tirée du RNÉ peut être pertinente dans le cadre d'une requête en contestation d'élection. L'inscription du nom d'une personne dans le RNÉ fait foi de sa citoyenneté et de son âge : art. 44 de la Loi. La preuve tirée du RNÉ peut aider un juge saisi d'une requête à apprécier les « irrégularité[s] [. . .] ayant influé sur le résultat de l'élection » parce qu'elle établit le droit de voter d'un électeur.

[135] M. Wrzesnewskyj s'est opposé à la présentation de la nouvelle preuve. Comme la preuve

could only assist Mr. Opitz, given our conclusion, we need not consider it. For that reason, we would dismiss the motion to adduce fresh evidence.

The reasons of the Chief Justice and LeBel and Fish JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting)—

I. Introduction

[136] The issue in this case is whether the federal election in the riding of Etobicoke Centre should be annulled because of votes cast by individuals who were not entitled to vote under the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9 (“Act”).

[137] An election outcome may be contested by a candidate on the basis of “irregularities . . . that affected the result of the election” (s. 524(1)(b) of the Act). Borys Wrzesnewskyj made an application under s. 524 of the Act after being defeated in the federal election of May 2, 2011, by a margin of 26 votes. The application judge declared the election null and void, finding that 79 of the votes cast were irregular and affected the result of the election. Because the number of irregular votes exceeded the winner’s plurality of 26 votes, he held that the election could not stand (2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350).

[138] I would dismiss the appeal. The election result in Etobicoke Centre should be annulled because of “irregularities . . . that affected the result of the election”. The irregularities in this case concerned ballots cast by individuals who were not entitled to vote.

[139] An individual must be entitled to vote before casting a ballot for the Member of Parliament for the riding where she is ordinarily resident. The Act sets out a comprehensive scheme defining entitlement to vote: ss. 6, 143(2), (3), 148.1, 149 and 161. In general, there are three prerequisites to entitlement to vote: qualification, registration and identification.

proposée ne peut que servir la cause de M. Opitz, compte tenu de notre conclusion, nous n'avons pas à l'examiner. Pour cette raison, nous sommes d'avis de rejeter la requête en présentation d'une nouvelle preuve.

Version française des motifs de la Juge en chef et des juges LeBel et Fish rendus par

LA JUGE EN CHEF (dissidente)—

I. Introduction

[136] En l’espèce, il s’agit de déterminer si l’élection fédérale tenue dans la circonscription d’Etobicoke-Centre doit être annulée parce que des personnes ont voté sans en avoir le droit selon la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9 (« Loi »).

[137] Un candidat peut contester le résultat d’une élection pour cause d’« irrégularité [...] ayant influé sur le résultat de l’élection » (al. 524(1)b) de la Loi). Borys Wrzesnewskyj a présenté une requête en vertu de l’art. 524 de la Loi après avoir été défait lors de l’élection fédérale du 2 mai 2011 par une marge de 26 voix. Le juge saisi de la requête a constaté la nullité de l’élection, concluant que 79 des votes étaient irréguliers et avaient influé sur le résultat de l’élection. Le nombre de votes irréguliers excédant la majorité de 26 voix obtenue par le vainqueur, le juge a conclu à l'impossibilité de confirmer l'élection (2012 ONSC 2873, 110 O.R. (3d) 350).

[138] Je suis d'avis de rejeter l'appel. Le résultat de l'élection dans Etobicoke-Centre doit être annulé pour cause d'« irrégularité[s] [...] ayant influé sur le résultat de l'élection », en l'occurrence, des votes émanant de personnes qui n'avaient pas le droit de voter.

[139] Pour voter à l'élection du député de la circonscription dans laquelle elle réside habituellement, une personne doit avoir le droit de voter. La Loi établit un régime complet qui définit ce droit : art. 6, par. 143(2) et (3), art. 148.1, 149 et 161. De façon générale, le droit de voter est assujetti à trois conditions préalables : avoir qualité

First, an individual must be *qualified* to vote, in terms of citizenship and age. Second, she must be *registered* to vote, generally either by being on the list of electors or filing a registration certificate. Third, she must be *identified* at the polling station in a way permitted under the Act, whether by providing appropriate pieces of identification or by taking an oath and being vouched for by another elector. There are different ways in which the requirements of entitlement to vote under the Act can be fulfilled, but if any of the prerequisites of entitlement are not satisfied, an individual is not permitted to cast a ballot.

[140] Whether a person is entitled to vote is a distinct question from whether she is qualified to vote. All Canadian citizens who are 18 years or older on election day are qualified electors: s. 3 of the Act. Being a qualified elector is a necessary but not sufficient condition for entitlement to vote. Qualified electors must fulfill all the prerequisites of an entitlement procedure under the Act before voting. These procedures ensure that election officials have verified the qualifications and identity of prospective voters before they cast their ballots. They are fundamental safeguards for the integrity of the electoral system.

[141] Votes cast by persons not entitled to vote are irregularities that can affect the result of the election under s. 524(1)(b) of the Act. If the number of such irregular votes is equal to or exceeds the winner's plurality, then the result of the election is affected and the election should be annulled. This is known as the "magic number" rule. In the present case, the winning candidate in Etobicoke Centre, Ted Opitz, had a plurality of 26 votes. Therefore, the application judge should have annulled the election only if the applicant established that 26 or more ballots were cast by non-entitled voters. The onus was on the applicant to establish the existence of irregularities sufficient to annul the election.

d'électeur, être inscrit et s'identifier. Premièrement, une personne doit avoir *qualité d'électeur*, c'est-à-dire avoir la citoyenneté canadienne et l'âge requis. Deuxièmement, elle doit être *inscrite* pour voter, généralement en figurant déjà sur la liste électorale ou en déposant un certificat d'inscription. Troisièmement, elle doit *s'identifier* au bureau de scrutin de l'une des manières permises par la Loi, soit en produisant des pièces d'identité adéquates ou en prêtant serment et en étant accompagnée d'un autre électeur qui répond d'elle. Il existe différentes manières de respecter les conditions du droit de voter fixées par la Loi, mais si une personne ne répond pas à l'une ou l'autre de ces conditions, elle n'est pas autorisée à voter.

[140] La question de savoir si une personne a le droit de voter diffère de la question de savoir si elle a qualité d'électeur. Tous les citoyens canadiens âgés de 18 ans ou plus le jour du scrutin ont qualité d'électeurs : art. 3 de la Loi. Il faut avoir qualité d'électeur pour avoir le droit de voter, mais cela ne suffit pas. La personne qui a qualité d'électeur doit en effet, avant de voter, remplir toutes les conditions imposées dans la procédure établie par la Loi concernant le droit de voter. Cette procédure garantit que les fonctionnaires électoraux ont vérifié la qualité et l'identité des électeurs potentiels avant que ceux-ci déposent leur bulletin de vote. Ces mesures de contrôle sont essentielles à l'intégrité du système électoral.

[141] Les votes émanant de personnes qui n'ont pas le droit de voter constituent des irrégularités qui peuvent influer sur le résultat de l'élection au sens de l'al. 524(1)b) de la Loi. Si le nombre de ces votes irréguliers est égal ou supérieur à la majorité du vainqueur, ils *influent* sur le résultat de l'élection et l'élection devrait être annulée. C'est ce que l'on appelle la règle du « nombre magique ». En l'espèce, le candidat élu dans Etobicoke-Centre, Ted Opitz, a obtenu une majorité de 26 voix. Par conséquent, le juge saisi de la requête ne devait annuler l'élection que si le requérant établissait que 26 bulletins de vote ou plus émanaient d'électeurs qui n'avaient pas le droit de voter. C'est au requérant qu'incombeait le fardeau d'établir l'existence d'irrégularités suffisantes pour faire annuler l'élection.

[142] While the application judge in this case improperly set aside some votes, he did not err with respect to 65 ballots cast by persons not entitled to vote. As this exceeds the plurality of 26 votes, under the “magic number” rule the appeal should be dismissed and the election annulled.

[143] I would also dismiss the motion for fresh evidence.

II. Analysis

A. *Applicable Principles of Statutory Construction*

[144] The overriding principle of statutory interpretation is that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, quoted in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21). The best indication of Parliament’s intent is found in the language of the statutory provisions: *R. v. Knott*, 2012 SCC 42, [2012] 2 S.C.R. 470, at para. 54.

[145] The words of the statute must be interpreted with a view to the objectives of the Act. Courts have considered different aspects of the purpose of the Act but none has identified the broad and overarching purpose of the legislation: see, e.g., *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827; *Henry v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70, at para. 139. The overarching purpose of the Act is to ensure the democratic legitimacy of federal elections in Canada. This broad purpose encompasses several discrete objectives. The first is to enfranchise individuals who are qualified to vote: *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1058 (*per* Cory J.). A second and complementary objective is to ensure that people who are not qualified to vote do not do so: see *Haig*, at p. 1027, *per* L’Heureux-Dubé J. A third objective is to promote efficiency and

[142] Bien que le juge saisi de la requête en l’espèce ait écarté à tort certains votes, il n’a pas commis d’erreur à l’égard de 65 bulletins de vote émanant de personnes qui n’avaient pas le droit de voter. Suivant la règle du « nombre magique », comme ce nombre excède la majorité de 26 voix obtenue, l’appel doit être rejeté et l’élection doit être annulée.

[143] Je suis aussi d’avis de rejeter la requête en vue de présenter une nouvelle preuve.

II. Analyse

A. *Les principes d’interprétation législative applicables*

[144] Selon le principe le plus fondamental d’interprétation législative, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, cité dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21). Le libellé des dispositions édictées par le législateur est la meilleure indication de son intention : *R. c. Knott*, 2012 CSC 42, [2012] 2 R.C.S. 470, par. 54.

[145] Il faut interpréter les termes d’une loi en tenant compte de ses objectifs. Les tribunaux ont examiné différents aspects de l’objet de la Loi, mais aucun d’entre eux n’a précisé quel en est l’objet général et prépondérant : voir, p. ex., *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827; *Henry c. Canada (Procureur général)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70, par. 139. La Loi a pour objet prépondérant d’assurer la légitimité démocratique des élections fédérales au Canada. Cet objet général englobe plusieurs objectifs précis. Un premier objectif consiste à donner aux personnes qui ont qualité d’électeur la possibilité de participer au scrutin : *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1058 (le juge Cory). Un deuxième objectif, complémentaire, consiste à garantir que les personnes qui n’ont pas qualité d’électeur ne votent pas : voir *Haig*, p. 1027, la

certainty in the electoral process. In considering these objectives, we must be careful to respect the words chosen by Parliament: *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 33.

B. *The Meaning of “Irregularities . . . That Affected the Result of the Election” Under Section 524(1)(b) of the Act*

[146] Any elector or any candidate in an electoral district may apply to a competent court to contest an election on the grounds that “there were irregularities, fraud or corrupt or illegal practices that affected the result of the election” (s. 524(1)(b)). If the elements of s. 524(1)(b) are established, a court may annul the election (s. 531(2)).

[147] In the ordinary sense of the word, something is “irregular” when it is “[n]ot in conformity with rule or principle” (*The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. VIII, at p. 93). This suggests that under the Act, an election may be set aside as a result of non-compliance with the provisions of the Act, even in the absence of fraud or corrupt or illegal practices.

[148] The objective of efficiency and certainty in the electoral process suggests that there ought to be strict compliance with the requirements of the Act. The objective of ensuring that those not qualified to vote not do so pulls in the same direction. On the other hand, the objective of enfranchisement suggests that “irregularities” should not be interpreted in a technical or trivial way that improperly disenfranchises voters. The votes of Canadian citizens 18 years of age or over should not be set aside over trifles: *Beamish v. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160 (S.C.), at para. 33; *Wright v. Koziak*, [1981] 1 W.W.R. 449 (Alta. C.A.); *Morgan v. Simpson*, [1974] 3 All E.R. 722 (C.A.). Based on the language and purposes of the Act, I conclude that “irregularities” under s. 524(1)(b) should be interpreted to mean failures to comply with the requirements of

juge L’Heureux-Dubé. Un troisième objectif est de favoriser l’efficacité et la certitude du processus électoral. Dans la prise en compte de ces objectifs, il faut veiller à respecter le libellé choisi par le législateur : *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 33.

B. *Le sens des termes « irrégularité [...] ayant influé sur le résultat de l’élection » à l’al. 524(1)b de la Loi*

[146] Tout électeur ou candidat d’une circonscription peut, par requête, contester une élection devant le tribunal compétent au motif qu’il y a eu « irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal ayant influé sur le résultat de l’élection » (al. 524(1)b de la Loi). Le tribunal peut prononcer l’annulation de l’élection si les motifs prévus à l’al. 524(1)b sont établis (par. 531(2)).

[147] Suivant son sens ordinaire, l’adjectif « irrégulier » évoque ce qui « n’est pas conforme à la règle établie, à l’usage commun, . . . » (*Le Grand Robert de la langue française*, version électronique). Il en ressort que, sous le régime de la Loi, le résultat d’une élection peut être annulé pour inobservation de la Loi, même en l’absence de fraude, de manœuvre frauduleuse ou d’acte illégal.

[148] L’objectif d’efficacité et de certitude du processus électoral donne à penser que les exigences de la Loi doivent être rigoureusement respectées. L’objectif de veiller à ce que les personnes qui n’ont pas qualité d’électeur ne votent pas va dans le même sens. Par contre, l’objectif de permettre la participation au scrutin tend à indiquer qu’il ne faut pas interpréter le terme « irrégularité » comme s’entendant d’une irrégularité de pure forme ou insignifiante pour ne pas empêcher à tort des électeurs de participer au scrutin. Les votes des citoyens canadiens âgés de 18 ans ou plus ne doivent pas être écartés pour des peccadilles : *Beamish c. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160 (C.S.), par. 33; *Wright c. Koziak*, [1981] 1 W.W.R. 449 (C.A. Alb.); *Morgan c. Simpson*, [1974] 3 All E.R. 722 (C.A.). Je conclus du libellé et des objectifs de la Loi qu’il

the Act, unless the deficiency is merely technical or trivial.

[149] Only irregularities that “affected the result of the election” permit the annulment of the election under s. 531(2). Irregularities must be of a type that *could* affect the result of the election, and impact a *sufficient number* of votes to have done so. An irregularity resulting in a vote being cast that should not have been is of a type that *could* affect the result of the election. To have actually affected the result of the election, the number of such votes must be equal to or exceed the winning candidate’s plurality. If the irregularities are of this type and impact this number of votes, then a court can and should annul the election under s. 531(2). This is known as the “magic number” rule. (See *Beamish*, at para. 18; *O’Brien v. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87 (H.C.J.), at para. 34; *Blanchard v. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316 (N.S.S.C.), at p. 320; *Wright*, at pp. 458 and 465-66; *Morgan*, at p. 727.)

[150] The critical question raised in this case is the following: What kinds of irregularities result in a vote being cast that should not have been? The answer lies in the principle of entitlement to vote, which is a central pillar of our electoral system.

C. Entitlement to Vote

[151] Every electoral system must strike a balance between enabling those who have the constitutional right to vote to do so, and ensuring that those who do not have that right are not allowed to vote. The formal system of entitlement is our mechanism for striking the right balance between these two valid concerns, while ensuring the efficiency and certainty of the electoral process. It aims to safeguard both the right to vote and the integrity of elections.

faut interpréter le terme « irrégularité », à l’al. 524(1)b), comme s’entendant du non-respect des exigences de la Loi, sauf s’il s’agit d’un manquement de pure forme ou insignifiant.

[149] Seules des irrégularités ayant « influé sur le résultat de l’élection » peuvent entraîner l’annulation de l’élection suivant le par. 531(2). Ces irrégularités doivent appartenir à la catégorie des irrégularités *susceptibles* d’influer sur le résultat de l’élection et toucher un *nombre suffisant* de votes pour avoir influé sur ce résultat. L’irrégularité ayant pour effet qu’une personne qui n’aurait pas dû voter a néanmoins voté appartient à la catégorie des irrégularités *susceptibles* d’influer sur le résultat de l’élection. Pour que ces votes aient effectivement influé sur le résultat de l’élection, leur nombre doit être égal ou supérieur à la majorité obtenue par le candidat élu. Lorsque des irrégularités appartenant à cette catégorie et touchant un aussi grand nombre de votes sont survenues, le tribunal peut et doit annuler l’élection suivant le par. 531(2). C’est ce que l’on appelle la règle du « nombre magique ». (Voir *Beamish*, par. 18; *O’Brien c. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87 (H.C.J.), par. 34; *Blanchard c. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316 (C.S.N.-É.), p. 320; *Wright*, p. 458 et 465-466; *Morgan*, p. 727.)

[150] La question primordiale en l’espèce est de savoir quels types d’irrégularités peuvent avoir pour effet qu’une personne qui n’aurait pas dû voter a néanmoins voté. La réponse réside dans le concept du droit de voter, un pilier fondamental de notre système électoral.

C. Le droit de voter

[151] Tout système électoral doit établir un équilibre entre faire en sorte que les personnes auxquelles la Constitution confère le droit de vote puissent voter et empêcher que celles qui n’ont pas ce droit soient admises à voter. La procédure officielle établie dans la Loi concernant le droit de voter constitue le mécanisme dont le Canada s’est doté pour atteindre le juste équilibre entre ces deux considérations légitimes, tout en assurant l’efficacité et la certitude du processus électoral. Cette procédure vise à préserver à la fois le droit de vote et l’intégrité des élections.

(1) Prerequisites to Entitlement to Vote

[152] In general, there are three prerequisites to entitlement to vote under the Act. These prerequisites concern qualification, registration and identification as a voter. Only when all of these elements are met is a person entitled to vote for the Member of Parliament for the riding where she is ordinarily resident.

(a) *Qualification*

[153] The first prerequisite of entitlement to vote is qualification. This means that the voter must be a Canadian citizen and 18 years of age or older. Section 3 of the Act defines a qualified elector as “[e]very person who is a Canadian citizen and is 18 years of age or older on polling day”. Section 6 of the Act sets out the qualification prerequisite of entitlement to vote:

6. Subject to this Act, every person who is qualified as an elector is entitled to have his or her name included in the list of electors for the polling division in which he or she is ordinarily resident and to vote at the polling station for that polling division.

[154] The words “[s]ubject to this Act” make clear that entitlement to vote is also conditioned on other prerequisites to entitlement found in the Act. In order to be given a ballot and permitted to vote on election day, it is not enough that a person be qualified. Entitlement to vote goes beyond qualification: *McMechan v. Dow* (1968), 67 D.L.R. (2d) 56 (Man. Q.B.), at p. 62; *O'Brien*.

(b) *Registration*

[155] The second prerequisite of entitlement to vote is registration, through (a) inclusion on the list of electors in the polling division where the voter is ordinarily resident or (b) filing a registration certificate. Other exceptional voter registration procedures exist under the Act, but these are not applicable in this case and will not be dealt with here. The Act makes clear that a voter *shall not* be allowed to vote unless one of these registration procedures is satisfied.

(1) Les conditions du droit de voter

[152] De façon générale, la Loi assujettit le droit de voter à trois conditions préalables : posséder la qualité d'électeur, être inscrit et s'identifier comme électeur. Une personne doit satisfaire à toutes ces conditions pour avoir le droit de voter pour le député de la circonscription dans laquelle elle réside habituellement.

a) *La qualité d'électeur*

[153] La première condition du droit de voter est la qualité d'électeur. Cela signifie qu'il faut être un citoyen canadien âgé de 18 ans ou plus pour voter. Selon l'art. 3 de la Loi, « [a] qualité d'électeur toute personne qui, le jour du scrutin, est citoyen canadien et a atteint l'âge de dix-huit ans ». L'article 6 de la Loi fait de la qualité d'électeur une condition préalable au droit de voter :

6. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, toute personne qui a qualité d'électeur a le droit de faire inscrire son nom sur la liste électorale pour la section de vote où elle réside habituellement et de voter au bureau de scrutin établi pour cette section de vote.

[154] Les termes « [s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi » indiquent clairement que le droit de voter est également assujetti aux autres conditions préalables fixées dans la Loi. Pour recevoir un bulletin de vote et être admis à voter le jour du scrutin, il ne suffit pas d'avoir qualité d'électeur. Le droit de voter ne se résume pas à cette qualité : *McMechan c. Dow* (1968), 67 D.L.R. (2d) 56 (B.R. Man.), p. 62; *O'Brien*.

b) *L'inscription*

[155] La deuxième condition du droit de voter est l'inscription de l'électeur (a) soit par son inclusion dans la liste électorale établie pour la section de vote où il réside habituellement, (b) soit par la remise d'un certificat d'inscription. La Loi établit d'autres procédures exceptionnelles d'inscription des électeurs, mais celles-ci ne s'appliquent pas en l'espèce et ne seront pas examinées dans les présents motifs. La Loi précise clairement qu'un électeur n'est admis à voter *que* s'il s'inscrit suivant l'une de ces procédures.

[156] Section 149 of the Act provides:

149. An elector whose name does not appear on the official list of electors in his or her polling station shall not be allowed to vote unless

. . .

(c) the elector gives the deputy returning officer a registration certificate described in subsection 161(4).

[157] Inclusion on the list of electors is one way that an individual can satisfy the registration prerequisite of entitlement to vote. Prior to election day, election officials prepare a list of electors for each polling division, listing qualified electors who are ordinarily resident in that polling division (s. 106). These lists are then used by election officials at the polling station for each polling division on election day. If a person is on the list of electors, then s. 149 is no barrier to voting entitlement.

[158] If a person is not on the list of electors, s. 149(c) provides an alternative means of registering to vote: filing a registration certificate. A person is entitled to vote despite not being on the list of electors if she satisfies the registration certificate procedure.

[159] The registration certificate procedure under s. 149(c) requires a prospective voter to prove her identity and residence, and to sign a declaration that she is a Canadian citizen 18 years of age or older (s. 161). The declaration on the registration certificate states:

I, the person whose name appears in Box 1, certify that I am a Canadian citizen, 18 years of age or over on polling day and have been ordinarily resident at the address appearing in box 2. . . . I certify that the information provided on this form is accurate.

If a person voting by registration certificate does not sign this declaration, she has not established her age and citizenship as required by the Act. The

[156] Voici le texte de l'art. 149 de la Loi :

149. L'électeur dont le nom ne figure pas sur la liste électorale officielle du bureau de scrutin n'est admis à voter que dans l'un ou l'autre des cas suivants :

. . .

c) il remet au scrutateur un certificat d'inscription obtenu en conformité avec le paragraphe 161(4).

[157] L'inclusion dans la liste électorale est l'une des façons de s'inscrire pour satisfaire à la deuxième condition du droit de voter. Avant le jour du scrutin, les fonctionnaires électoraux préparent, pour chaque section de vote, une liste électorale de toutes les personnes ayant qualité d'électeur qui résident habituellement dans cette section de vote (art. 106). Les fonctionnaires électoraux utilisent ensuite ces listes au bureau de scrutin de chaque section de vote le jour du scrutin. L'article 149 ne fait pas obstacle au droit de voter d'une personne déjà inscrite sur la liste électorale.

[158] L'alinéa 149c) offre à la personne qui n'est pas inscrite sur la liste électorale un autre moyen de s'inscrire pour voter : remettre un certificat d'inscription. Une personne a le droit de voter malgré l'absence de son nom sur la liste électorale si elle respecte la procédure relative aux certificats d'inscription.

[159] La procédure relative aux certificats d'inscription prescrite par l'al. 149c) exige que l'électeur potentiel établisse son identité et sa résidence et qu'il signe une déclaration attestant qu'il est un citoyen canadien âgé de 18 ans ou plus (art. 161). Voici le texte de la déclaration contenue dans le certificat d'inscription :

Je, dont le nom apparaît dans la case n° 1, certifie que je suis citoyen canadien, que j'ai 18 ans ou plus le jour du scrutin et que je réside habituellement à l'adresse indiquée à la case n° 2. [. .] Je déclare que les renseignements fournis ci-haut sont exacts.

Si la personne qui vote sur remise d'un certificat d'inscription n'a pas signé cette déclaration, elle n'a établi ni son âge, ni sa citoyenneté, comme la

declaration is therefore a vital prerequisite of entitlement to vote. Upon completing the registration certificate, a person is deemed to be included on the list of electors (s. 161(5)).

(c) *Identification*

[160] The third prerequisite of entitlement to vote is identification. A prospective voter must prove her identity and residence at the polling station in a way permitted by the Act. Section 148.1(1) of the Act states:

148.1 (1) An elector who fails to prove his or her identity and residence in accordance with subsection 143(2) or (3) or to take an oath otherwise required by this Act shall not receive a ballot or be allowed to vote.

[161] A person can prove her identity and residence in two ways: (a) providing the necessary piece or pieces of identification (such as a driver's licence); or (b) taking a prescribed oath and being vouched for by another person in the manner set out in the Act. These two options are available both for individuals who are on the list of electors and for individuals voting by registration certificate (ss. 143(2), (3) and 161(1)).

[162] If the oath and vouching procedure is used, the person vouching for the prospective voter must (i) be on the list of electors for the same polling division, (ii) provide the required piece or pieces of identification to prove his identity and residence, (iii) state a prescribed oath, (iv) not have already vouched for another elector in the election, and (v) not have herself been vouched for in that election (ss. 143(3), (5), (6), 161(1)(b), (6) and (7)). If these conditions are not met, the vouching is invalid and the prospective voter's identity and residence have not been proved in a manner permitted by the Act.

[163] Only if all of the prerequisites to entitlement to vote are met is a person permitted to cast a ballot in a Canadian federal election. The Act

Loi l'oblige à le faire. Signer cette déclaration est donc une condition essentielle pour avoir le droit de voter. L'électeur auquel un certificat d'inscription est délivré est réputé figurer sur la liste électorale (par. 161(5)).

c) *L'identification*

[160] La troisième condition du droit de voter est l'identification. L'électeur potentiel doit établir son identité et sa résidence au bureau de scrutin de l'une des façons prévues par la Loi. Le paragraphe 148.1(1) de la Loi dispose :

148.1 (1) L'électeur qui n'établit pas son identité ou sa résidence conformément aux paragraphes 143(2) ou (3) ou ne prête pas serment conformément à la présente loi ne peut recevoir de bulletin de vote ni être admis à voter.

[161] Une personne peut établir son identité et sa résidence de deux façons : (a) fournir la ou les pièces d'identité nécessaires (par exemple, son permis de conduire); ou (b) prêter le serment prescrit et être accompagnée d'un autre électeur qui répond d'elle de la manière indiquée dans la Loi. Ces deux options s'offrent à la fois aux personnes inscrites sur la liste électorale et à celles qui votent sur remise d'un certificat d'inscription (par. 143(2), 143(3) et par. 161(1)).

[162] Dans le cas d'un électeur potentiel qui prête serment et est accompagné d'un répondant, le répondant doit (i) figurer sur la liste électorale de la même section de vote, (ii) fournir la ou les pièces d'identité nécessaires pour établir son identité et sa résidence, (iii) prêter le serment prescrit, (iv) ne pas avoir déjà répondu d'un autre électeur à l'élection et (v) ne pas avoir eu recours lui-même à un répondant à la même élection (par. 143(3), (5) et (6), al. 161(1)b) et par. 161(6) et (7)). Si ces conditions ne sont pas respectées, l'identification par un répondant n'est pas valable et l'identité et la résidence de l'électeur potentiel n'ont pas été établies de l'une des manières permises par la Loi.

[163] Une personne n'est admise à voter à une élection fédérale au Canada que si elle remplit toutes les conditions du droit de voter. La Loi

expressly states that a person who is not entitled to vote shall not receive a ballot or be allowed to vote, even if he is qualified to vote, in the sense of meeting the citizenship and age requirements (ss. 148.1 and 149). The constitutionality of these entitlement provisions is not at issue in this appeal, so this Court must adhere to the unambiguous directions from Parliament as to the prerequisites to exercising the right to vote: *Pharmascience Inc. v. Binet*, 2006 SCC 48, [2006] 2 S.C.R. 513, at para. 29; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559.

[164] My colleagues, with respect, merge the concepts of qualification and entitlement. They take the position that everyone who is qualified to vote and ordinarily resident in the electoral district is entitled to vote. Thus, a voter who is not on the electoral list and has not filed a registration certificate (s. 149) can be later held to have been “entitled” to vote if he was qualified to vote and ordinarily resident in the electoral district. I cannot accept this view.

[165] First, as discussed, in terms of registration, the plain words of the Act condition entitlement on either being on the list of electors or filing a registration certificate (s. 149). Sections 6, 148.1 and 149 together describe prerequisites of entitlement to vote. Both ss. 148.1 and 149 state that, unless their respective conditions are satisfied, the elector “shall not” be allowed to vote. These conditions require, in addition to qualification, fulfillment of the identification and registration prerequisites of entitlement to vote.

[166] Second, the objective of certainty in the electoral process requires that entitlement be established before receiving and casting a ballot. Nothing in the Act suggests that a person who on election day is not entitled to vote should be permitted to do so and to establish his entitlement later. If we decline to set aside votes cast by non-entitled

précise expressément qu'une personne n'ayant pas le droit de voter ne reçoit pas de bulletin de vote et n'est pas admise à voter, même si elle a qualité d'électeur, en ce sens qu'elle a la citoyenneté canadienne et l'âge requis (art. 148.1 et 149). Puisque la constitutionnalité de ces dispositions relatives au droit de voter n'est pas en cause dans le pourvoi, la Cour doit se conformer aux directives non équivoques du législateur concernant les conditions préalables à l'exercice du droit de vote : *Pharmascience inc. c. Binet*, 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513, par. 29; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559.

[164] Avec égards, j'estime que mes collègues confondent les notions de la qualité d'électeur et du droit de voter. Selon eux, toute personne qui a qualité d'électeur et qui réside habituellement dans la circonscription a le droit de voter. Ainsi, l'électeur qui ne figure pas sur la liste électorale et qui n'a pas déposé de certificat d'inscription (art. 149) peut être considéré par la suite comme ayant eu le droit de voter s'il avait qualité d'électeur et résidait habituellement dans la circonscription. Je ne puis accepter ce point de vue.

[165] Premièrement, comme nous l'avons vu en ce qui concerne l'inscription, les termes clairs de la Loi assujettissent le droit de voter à l'inscription sur la liste électorale ou au dépôt d'un certificat d'inscription (art. 149). Les articles 6, 148.1 et 149 décrivent ensemble les conditions du droit de voter. Un électeur « ne peut » être admis à voter s'il ne respecte pas les conditions fixées à l'art. 148.1 de la Loi et il « n'est admis à voter que » dans les cas énumérés à l'art. 149. En plus d'avoir qualité d'électeur, une personne doit donc remplir les conditions d'inscription et d'identification pour se voir reconnaître le droit de voter.

[166] Deuxièmement, l'objectif de certitude du processus électoral exige que l'électeur établisse son droit de voter avant de recevoir un bulletin de vote et de le déposer dans l'urne. Rien dans la Loi ne donne à penser qu'une personne n'ayant pas le droit de voter le jour du scrutin devrait néanmoins être admise à voter et à établir son

people on the grounds that they are subsequently proven to be qualified and ordinarily resident in the electoral district, the result is a system where the only way to be confident in the accuracy of an election outcome is to investigate the identity, residence and qualification of voters after the election.

[167] Third, such an approach would be unfair. It disregards the fact that other qualified electors who did not follow the necessary steps to become entitled to vote may have rightly been turned away from the polling station and not permitted to vote on election day. The Act sets out the rules and procedures electors must follow in order to exercise their constitutional right to vote. Those rules must be applied fairly and consistently if the right is to have meaning.

D. Requirements for Annulment of an Election

[168] As noted above, a court should annul an election under s. 531(2) if the applicant has established that there were “irregularities . . . that affected the result of the election” under s. 524(1)(b). The irregularities must be of a type that could affect the outcome of the election and impact a sufficient number of votes to equal or exceed the winner’s plurality. The winning candidate’s plurality in this case was 26 votes, so this is the “magic number” of votes that the applicant had to establish were subject to irregularities of a kind that could affect the result of the election.

[169] Election results benefit from a “presumption of regularity”: *Dewdney Election Case*, [1925] 3 D.L.R. 770 (B.C.C.A.), at p. 771. This reflects the fact that the applicant bears the burden of establishing, on a balance of probabilities, that there were “irregularities . . . that affected the result of the election”: see *Beamish*, at para. 39. It follows that the applicant in this case must establish that irregularities resulted in non-entitled voters casting votes. If the judge concludes that on a balance

droit de voter après coup. Si les votes de personnes n’ayant pas le droit de voter ne sont pas écartés dans les cas où elles ont établi après coup leur qualité d’électeur et le fait qu’elles résidaient habituellement dans la circonscription, le seul moyen d’être sûr de l’exactitude d’un résultat électoral, dans notre système, consistera à vérifier l’identité, la résidence et la qualité des électeurs après l’élection.

[167] Troisièmement, une telle approche serait injuste. Elle ne tient pas compte du fait que d’autres personnes qui avaient qualité d’électeur, mais n’ont pas pris les mesures nécessaires pour avoir le droit de voter, peuvent s’être fait refuser à juste titre l'accès aux urnes et ne pas avoir pu voter le jour du scrutin. La Loi établit les règles et procédures que les électeurs doivent respecter pour exercer leur droit de vote constitutionnel. Ces règles doivent être appliquées de manière équitable et uniforme pour que ce droit ne soit pas dénué de sens.

D. Conditions d'annulation d'une élection

[168] Comme je l'ai indiqué précédemment, le tribunal devrait annuler une élection en application du par. 531(2) si le requérant établit l'existence d'« irrégularité[s] [...] ayant influé sur le résultat de l'élection » au sens de l'al. 524(1)b). Ces irrégularités doivent être susceptibles d'influer sur le résultat de l'élection et toucher un nombre de votes égal ou supérieur à la majorité obtenue par le vainqueur. La majorité du candidat élu en l'espèce était de 26 voix, ce qui constitue le « nombre magique » de votes dont le requérant devait établir qu'ils ont été touchés par des irrégularités susceptibles d'influer sur le résultat de l'élection.

[169] Les résultats électoraux bénéficient d'une [TRADUCTION] « présomption de régularité »: *Dewdney Election Case*, [1925] 3 D.L.R. 770 (C.A.C.-B.), p. 771. Cette présomption est en accord avec le fait qu'il incombe au requérant d'établir, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'« irrégularité[s] [...] ayant influé sur le résultat de l'élection » : voir *Beamish*, par. 39. Il s'ensuit que le requérant en l'espèce doit démontrer que des irrégularités ont fait en sorte que des

of probabilities the record reflects a lack of entitlement, the vote must be set aside.

[170] An applicant may lead direct evidence that a non-entitled person voted. For example, he may demonstrate that a person who voted was neither on the list of electors nor filed a valid registration certificate. However, a judge may also rely on circumstantial evidence to conclude, on a balance of probabilities, that voters who did not comply with the entitlement provisions of the Act were improperly permitted to vote. In the absence of palpable and overriding error, a judge's conclusions on such questions of fact should not be disturbed: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401.

III. Application to This Appeal

[171] Two main issues are raised on this appeal. First, did the application judge err in law by reversing the onus of proof in his analysis? Second, did the application judge err in annulling the election on the basis of “irregularities . . . that affected the result of the election”?

A. *Did the Application Judge Reverse the Onus of Proof?*

[172] In my view, the application judge did not reverse the onus of proof in his analysis. He understood that there was a presumption of regularity in contested elections and that the applicant bore the burden of proving, on a balance of probabilities, the existence of “irregularities . . . that affected the result of the election”. He clearly articulated this understanding of the law, and analyzed the evidence accordingly. As he explained at para. 26 of his reasons:

An examination of the conduct of an election begins with a presumption that it was conducted in a fashion

électeurs ont voté sans en avoir le droit. Si le juge conclut, selon la prépondérance des probabilités, que le dossier démontre qu'une personne n'avait pas le droit de voter, son vote doit être écarté.

[170] Le requérant peut produire une preuve directe qu'une personne a voté sans en avoir le droit. Par exemple, il peut démontrer qu'une personne ayant voté ne figurait pas sur la liste électorale et n'a pas remis de certificat d'inscription valide. Toutefois, le juge peut également s'appuyer sur la preuve circonstancielle pour conclure, selon la prépondérance des probabilités, que des électeurs ont été à tort admis à voter alors qu'ils n'avaient pas pris les mesures prescrites par la Loi pour avoir le droit de voter. En l'absence d'erreur manifeste et dominante, il n'y a pas lieu de modifier les conclusions d'un juge sur de telles questions de fait : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401.

III. Application au présent pourvoi

[171] Le pourvoi soulève deux questions principales. Premièrement, le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur de droit en inversant le fardeau de la preuve dans son analyse? Deuxièmement, a-t-il fait erreur en annulant l'élection pour cause d'*« irrégularité [. . .] ayant influé sur le résultat de l'élection »*?

A. *Le juge saisi de la requête a-t-il inversé le fardeau de la preuve?*

[172] À mon avis, le juge saisi de la requête n'a pas inversé le fardeau de la preuve dans son analyse. Il était conscient qu'une présomption de régularité s'applique en cas de contestation d'une élection et qu'il incombaît au requérant d'établir, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'*« irrégularité[s] [. . .] ayant influé sur le résultat de l'élection »*. Il a clairement exprimé cette conception du droit et il l'a appliquée dans son analyse de la preuve. Comme il l'explique au par. 26 de ses motifs :

[TRADUCTION] Il faut examiner la tenue d'une élection en présumant qu'elle est conforme aux exigences de

that is consistent with the requirements of the applicable legislation. The presumption will stand in the absence of evidence to the contrary.

[173] The application judge discussed repeatedly and at length that the onus lies with the applicant throughout. He stated flatly, “[t]here is no doubt that the responsibility for demonstrating the presence of an irregularity rests with the applicant, the party seeking to have the election set aside” (para. 42). He also stressed the importance of placing the onus on the applicant at all times, even when this may make it difficult to establish that irregularities affected the result:

Counsel for the applicant pointed out that, given the limitations on the available evidence, it would be equally difficult for the applicant to prove the irregularities affected the result of the election, as it would be for the respondent to disprove this proposition. I am not sympathetic to this complaint. I referred earlier to the conundrum that would result if elections were easily overturned. It is not supposed to be easy to overturn an election. [para. 46]

[174] My colleagues suggest that despite these clear statements, the application judge in fact reversed the onus in relation to polls 426 and 31. I cannot accept this contention. Crucially, in his treatment of both these polls, the application judge made an express finding indicating the applicant had discharged his onus of proof (paras. 115 and 122).

B. *Did the Application Judge Err in Annulling the Election on the Basis of “Irregularities . . . That Affected the Result of the Election”?*

[175] To recap, the applicant’s onus was to establish that votes were cast by individuals who had not fulfilled the qualification, registration or identification prerequisites to entitlement set out in the Act. Unless the deficiencies were merely technical or trivial, votes cast by persons not entitled to vote constitute irregularities of a type that could affect the result of the election within the meaning of s. 524(1)(b). If their number was equal to or

la loi applicable. Cette présomption s’applique jusqu’à preuve contraire.

[173] Le juge saisi de la requête a expliqué en détail à maintes reprises que le fardeau de preuve incombe en tout temps au requérant. Il a affirmé directement [TRADUCTION] : « Il n’y a aucun doute que la responsabilité de démontrer l’existence d’une irrégularité incombe au requérant, c’est-à-dire à la partie qui demande l’annulation de l’élection » (par. 42). Il a également souligné l’importance d’attribuer le fardeau de preuve au requérant tout au long de l’analyse, même dans les cas où il peut être difficile de démontrer qu’une irrégularité a influé sur le résultat :

[TRADUCTION] L’avocat du requérant a souligné que, compte tenu des limites de la preuve disponible, il serait tout aussi difficile pour le requérant de prouver que l’irrégularité a influé sur le résultat de l’élection que pour l’intimé de prouver le contraire. Je ne vois pas cet argument d’un œil favorable. J’ai mentionné plus tôt le chaos dans lequel nous plongeraient des élections faciles à annuler. Une élection n’est pas censée être facile à annuler. [par. 46]

[174] En dépit de ces affirmations claires, mes collègues sont d’avis que le juge saisi de la requête a effectivement inversé le fardeau de preuve à l’égard des bureaux de scrutin nos 426 et 31. Je ne peux accepter cette prétention. Fait crucial, dans son analyse des faits survenus à ces deux bureaux de scrutin, le juge saisi de la requête a conclu expressément que le requérant s’était acquitté de son fardeau de preuve (par. 115 et 122).

B. *Le juge saisi de la requête a-t-il fait erreur en annulant l’élection pour cause d’« irrégularité [...] ayant influé sur le résultat de l’élection »?*

[175] Pour récapituler, il incombaît au requérant d’établir que des personnes avaient voté sans avoir rempli toutes les conditions du droit de voter prescrites par la Loi — sans posséder la qualité d’électeur, sans s’être inscrit ou sans s’identifier. Les votes émanant de personnes n’ayant pas le droit de voter constituent des irrégularités susceptibles d’influer sur le résultat de l’élection au sens de l’al. 524(1)b), à moins qu’il s’agisse de manquements de

exceeded the winning candidate's plurality, then the result of the election was affected, and the election should be annulled under s. 531(2). If not, then the outcome of the election must stand, and the decision of the application judge must be reversed.

(1) **Votes Set Aside Due to Irregularities in Identification**

[176] An individual must satisfy the identification prerequisites in the Act in order to be entitled to vote (ss. 148.1(1) and 149(c)). These identification requirements must be fulfilled, regardless of whether an individual is on the list of electors or whether they are voting by registration certificate. One option is for the individual to present a piece or pieces of approved identification establishing identity and residence (ss. 143(2) and 161(1)(a)). Another is for the individual to take an oath and to be vouched for by someone meeting the vouching requirements set out in the Act (ss. 143(3), (5), (6), 161(1)(b), (6) and (7)).

(a) *Poll 21*

[177] The application judge set aside eight votes at this poll due to vouching problems. All eight voters were on the list of electors for poll 21, and all were listed in the poll book as requiring an oath. The application judge found as a fact that the oaths required for these eight electors concerned their identities and not merely their residence, based on comments next to these names in the poll book. Oaths sworn to establish identity always require vouching by another person. However, the page of the poll book for recording vouchers' names was blank. The application judge found that vouching did not occur, and set aside the eight votes.

[178] The finding that vouching did not occur cannot be disturbed in the absence of palpable and overriding error: ". . . where evidence exists to support [a factual] inference, an appellate court will

pure forme ou insignifiants. Si le nombre de ces votes est égal ou supérieur à la majorité du candidat élu, ils ont influé sur le résultat de l'élection et l'élection doit être annulée en application du par. 531(2). Dans le cas contraire, le résultat de l'élection doit être confirmé, et la décision du juge saisi de la requête doit être infirmée.

(1) **Votes annulés pour cause d'irrégularités concernant l'identification**

[176] Un électeur doit satisfaire aux conditions du droit de voter prescrites par la Loi concernant l'identification (par. 148.1(1) et al. 149c)). Il est tenu de s'y conformer, peu importe qu'il soit inscrit sur la liste électorale ou qu'il vote sur remise d'un certificat d'inscription. Il peut, pour s'identifier, présenter une ou des pièces d'identité approuvées qui établissent son identité et sa résidence (par. 143(2) et al. 161(1)a)). Il peut aussi prêter serment et être accompagné d'un répondant qui satisfait aux conditions prévues par la Loi (par. 143(3), (5) et (6), al. 161(1)b) et par. 161(6) et (7)).

a) *Bureau de scrutin n° 21*

[177] Le juge saisi de la requête a écarté huit votes à ce bureau de scrutin en raison de problèmes relatifs aux répondants. Les huit électeurs en cause figuraient sur la liste électorale de la section de vote n° 21 et, selon le cahier du scrutin, ils devaient tous prêter serment. Le juge saisi de la requête a conclu quant aux faits, sur la foi des remarques écrites à côté de leur nom dans le cahier du scrutin, que le serment qu'ils devaient prêter portait sur leur identité et non pas simplement sur leur résidence. La personne qui prête serment pour établir son identité doit toujours être accompagnée d'un répondant. Or, la page du cahier du scrutin où devait être inscrit le nom des répondants était vierge. Le juge saisi de la requête a conclu que personne n'avait répondu de ces électeurs et il a écarté les huit votes en cause.

[178] La conclusion que personne n'avait répondu de ces électeurs ne peut pas être modifiée en l'absence d'une erreur manifeste et dominante : « . . . lorsque des éléments de preuve étayent [une]

be hard pressed to find a palpable and overriding error": *Housen*, at para. 22. The question is whether evidence existed to support the application judge's conclusion. The absence of vouchers' names in the poll book provided such evidence.

[179] Nor did the application judge err in concluding that vouching was required for the eight voters. This was supported by the comments listed next to their names in the poll book, which indicated that identity and not merely residence was at issue.

[180] Having found that vouching was required but did not occur, the application judge did not err in concluding that the applicant had discharged his onus under s. 524(1)(b) with respect to these votes. The vouching irregularities at poll 21 resulted in individuals voting who were not entitled to do so, and their eight votes were properly set aside.

(b) *Poll 174*

[181] Regarding poll 174, the application judge set aside eight votes for what he characterized as improper vouching. At issue were the pages of the poll book that document the vouching procedure. First, p. 22 of the poll book required that the names of voters who were vouched for be listed. However, this page of the poll book was left blank. Second, p. 23 of the poll book required that the names of vouchers be indicated. On this page, the names of eight vouchers were recorded. In addition, the poll clerk appeared to indicate on p. 23 the relationship of each voucher to the person vouched for (for example, "son", "spouse", or "mother"). Third, p. 31 of the poll book indicated the number of electors who were vouched for. On this page, it was recorded that eight voters were vouched for.

inférence [factuelle], il sera difficile à une cour d'appel de conclure à l'existence d'une erreur manifeste et dominante » : *Housen*, par. 22. La question est de savoir s'il existe des éléments de preuve étayant la conclusion du juge saisi de la requête. L'absence du nom des répondants dans le cahier du scrutin constitue un tel élément de preuve.

[179] Le juge saisi de la requête n'a pas fait erreur non plus en concluant que les huit électeurs devaient être accompagnés d'un répondant, une conclusion étayée par les remarques écrites à côté de leur nom dans le cahier du scrutin, selon lesquelles il s'agissait d'établir non seulement leur résidence, mais aussi leur identité.

[180] Ayant conclu que personne n'avait répondu de ces électeurs, alors que cela était nécessaire, le juge saisi de la requête n'a pas eu tort de conclure que le requérant s'était acquitté du fardeau qui lui incombaient en application de l'al. 524(1)b) relativement aux votes en cause. Huit personnes ont voté sans en avoir le droit en raison des irrégularités survenues au bureau de scrutin n° 21 et leurs votes ont été écartés avec raison.

b) *Bureau de scrutin n° 174*

[181] Quant au bureau de scrutin n° 174, le juge saisi de la requête a écarté huit votes pour cause d'irrégularités dans la procédure d'identification par un répondant. Ces irrégularités concernent les pages du cahier du scrutin où sont consignés les renseignements relatifs à la procédure d'identification par un répondant. En premier lieu, il fallait inscrire à la p. 22 du cahier du scrutin le nom des électeurs dont un autre électeur avait répondu. Cette page a toutefois été laissée en blanc. En deuxième lieu, il fallait inscrire le nom des répondants à la p. 23 du cahier du scrutin. On y a consigné le nom de huit répondants. Qui plus est, le greffier du scrutin semble avoir indiqué sur cette page le lien qui unit chaque répondant à l'électeur dont il a répondu (par exemple, « fils », « conjoint » ou « mère »). En troisième lieu, le nombre d'électeurs dont un autre électeur avait répondu était indiqué à la p. 31 du cahier du scrutin. On a écrit sur cette page que huit électeurs avaient fait appel à un répondant.

[182] The application judge concluded on this evidence that any vouching that occurred was improper, and that the eight votes cast under the vouching procedure should therefore be set aside. This conclusion did not constitute palpable and overriding error and should not be interfered with. The problem identified at poll 174 by the application judge was that there was no way of knowing who was being vouched for by each voucher. The names of individuals voting under the vouching procedure were not recorded on p. 22 as required under the Act (s. 162(f)). This provided a factual basis for the trial judge's conclusion that any vouching that occurred was improper.

[183] Although not expressly noted by the application judge, the absence of voter names from the required form in the poll book could indicate that these voters never swore oaths required of them under the vouching procedure. Individuals voting under the vouching procedure must take an oath swearing their qualification, residence and identity (ss. 143(3) and 161(1)(b) of the Act). Section 162(f) of the Act requires the poll clerk to indicate on the prescribed form that an elector has taken an oath. The prescribed form for indicating the names of voters vouched for is p. 22 of the poll book. At poll 174, no names were listed on p. 22 of the poll book, despite the fact that eight voters cast their ballots under the vouching procedure. This evidence supports the application judge's conclusion that the vouching at poll 174 was improper.

[184] Improper vouching is an irregularity of a type that can affect the result of the election. Having found such an irregularity at poll 174, the application judge properly set these eight votes aside.

[182] Le juge saisi de la requête a conclu de cette preuve que la procédure d'identification par un répondant n'avait pas été suivie correctement et que les huit votes des électeurs en cause devaient donc être écartés. Cette conclusion ne constitue pas une erreur manifeste et dominante, et ne doit pas être modifiée. Le problème constaté par le juge saisi de la requête à l'égard du bureau de scrutin n° 174 tenait au fait qu'il n'existe aucun moyen de savoir de quel électeur chaque répondant s'était porté garant. Le nom des personnes ayant voté suivant cette procédure n'a pas été inscrit à la p. 22, comme cela devait être fait en application de la Loi (al. 162f)). Ce vice de procédure offre une assise factuelle à la conclusion du juge saisi de la requête que la procédure d'identification par un répondant n'a pas été suivie correctement.

[183] Bien que le juge saisi de la requête ne l'ait pas noté expressément, l'absence du nom des électeurs sur le formulaire à remplir dans le cahier du scrutin pourrait être une indication que ces électeurs n'ont jamais prêté le serment qu'ils devaient prêter suivant la procédure d'identification par un répondant. Les personnes qui ont recours à cette procédure pour voter doivent prêter serment pour attester leur qualité d'électeur, leur résidence et leur identité (par. 143(3) et al. 161(1)b) de la Loi). Aux termes de l'al. 162f) de la Loi, le greffier du scrutin doit indiquer sur le formulaire prescrit que l'électeur a prêté serment. Le formulaire où doit être inscrit le nom des électeurs dont un autre électeur a répondu se trouve à la p. 22 du cahier du scrutin. Au bureau de scrutin n° 174, aucun nom n'apparaît sur la p. 22 du cahier du scrutin, même si huit électeurs ont voté suivant la procédure d'identification par un répondant. Cette preuve étaye la conclusion du juge saisi de la requête que la procédure d'identification par un répondant n'a pas été suivie correctement au bureau de scrutin n° 174.

[184] L'identification par un répondant faite incorrectement constitue une irrégularité susceptible d'influer sur le résultat de l'élection. Ayant conclu à l'existence d'une telle irrégularité au bureau de scrutin n° 174, le juge saisi de la requête a écarté ces huit votes avec raison.

(c) *Poll 502*

[185] Regarding poll 502, the application judge found that seven voters were vouched for by individuals who were not resident in that polling division. This finding of fact was supported by the evidence. The application judge then set aside these seven votes, on the basis that the vouching requirements in the Act were not met. The Act, as discussed, requires that vouchers be on the list of electors for the polling division in which they are vouching (ss. 143(3) and 161(1)(b)).

[186] In my view, the application judge did not err in setting aside these votes. Vouching allows a voter to satisfy the identification prerequisite of entitlement to vote in the absence of approved documentary identification. To maintain the integrity of the election process, Parliament has established limitations on vouching. One limitation is that a voucher must appear on the list of electors for the polling division at which he is vouching. This allows polling officials to ensure that vouchers only vouch for one person and reduces the risk of fraudulent vouching: *Henry*, at paras. 368 and 400.

[187] The seven voters who were vouched for at poll 502 failed to comply with entitlement prerequisites of the Act, in a way that was not merely technical or trivial. The presumption of regularity was displaced and these votes were properly set aside.

(d) *Poll 30*

[188] The application judge set aside four votes at poll 30. As with poll 502, the application judge found that these voters were vouched for by individuals who were not on the list of electors for the polling division. This finding was supported by the evidence. For the reasons I have already described with respect to poll 502, these voters were not entitled to vote, as they did not fulfill the identification prerequisite of entitlement to vote. The deficiency

c) *Bureau de scrutin n° 502*

[185] Pour ce qui est du bureau de scrutin n° 502, le juge saisi de la requête a conclu que sept personnes ayant répondu d'un autre électeur ne résidaient pas dans la section de vote où ils avaient agi à titre de répondants. Cette conclusion de fait était étayée par la preuve. Il a ensuite écarté les sept votes en question parce que les conditions fixées par la Loi relativement à l'identification par un répondant n'avaient pas été remplies. Comme je le mentionne ci-dessus, la Loi exige que le répondant figure sur la liste électorale de la section de vote où il répond d'un autre électeur (par. 143(3) et al. 161(1)(b)).

[186] Je suis d'avis que le juge saisi de la requête n'a pas commis d'erreur en écartant ces votes. L'identification par un répondant permet à un électeur de satisfaire à la condition du droit de voter concernant l'identification même s'il n'a pas de pièce d'identité approuvée. Le législateur a fixé plusieurs limites à l'identification par un répondant afin de préserver l'intégrité du processus électoral. Par exemple, le répondant doit figurer sur la liste électorale de la section de vote où il agit à ce titre, ce qui permet aux fonctionnaires du scrutin de s'assurer que les répondants ne répondent que d'un électeur et réduit le risque de fraude en la matière : *Henry*, par. 368 et 400.

[187] Dans le cas des sept personnes dont un autre électeur a répondu au bureau de scrutin n° 502, le manquement aux conditions du droit de voter prévues par la Loi n'était pas de pure forme ou insignifiant. La présomption de régularité a été réfutée et les votes en cause ont été écartés avec raison.

d) *Bureau de scrutin n° 30*

[188] Le juge saisi de la requête a écarté quatre votes au bureau de scrutin n° 30. Tout comme dans le cas du bureau de scrutin n° 502, il a conclu que les répondants des électeurs en question ne figuraient pas sur la liste électorale de la section de vote où ils avaient agi à titre de répondants. Cette conclusion était étayée par la preuve. Pour les motifs exposés précédemment au sujet du bureau de scrutin n° 502, ces électeurs n'avaient pas le droit de voter, parce

of entitlement was not merely technical or trivial. The presumption of regularity was displaced and these votes were properly set aside.

[189] The application judge noted that he would have set aside two of these votes for the additional reason that each of the two vouchers also vouched for another voter in the election. This alternative analysis was not in error. Vouching for more than one person is specifically prohibited by the Act (s. 143(5)). If a person attempts to become entitled to vote by relying on a voucher who has also vouched for another voter, this constitutes non-compliance with the entitlement requirements of the Act. The deficiency is not merely technical or trivial. Such vouching is invalid, and a voter who relied upon it to establish her identity was not entitled to vote.

(2) Votes Set Aside Due to Irregularities in Registration

[190] As discussed, an individual becomes registered to vote either by having her name included on the list of electors or through the registration certificate process set out in the Act (ss. 6 and 149(c)).

(a) *Poll 426*

[191] The application judge set aside 26 votes at poll 426 cast by individuals voting by registration certificate. He concluded, on a balance of probabilities, that the required declaration of qualification to vote was not made for these voters. (The text of this declaration is set out in para. 159 above.)

[192] There is evidence to support the application judge's conclusion. The problems were many. No registration certificates were found for these voters. The page of the poll book recording the number of people who voted by registration certificate is blank. No addresses are listed for any

qu'ils n'avaient pas satisfait à la condition concernant l'identification. Ce manquement touchant le droit de voter n'était pas de pure forme ou insignifiant. La présomption de régularité a été réfutée et les votes en cause ont été écartés avec raison.

[189] Le juge saisi de la requête a fait remarquer qu'il aurait écarté deux des votes mentionnés ci-dessus pour le motif additionnel que les deux répondants avaient déjà répondu d'un autre électeur à l'élection. Cette analyse subsidiaire n'était pas erronée. En effet, la Loi interdit expressément de répondre de plus d'un électeur (par. 143(5)). La personne qui tente d'obtenir le droit de voter en faisant appel à un répondant qui a déjà répondu d'un autre électeur ne respecte pas les conditions du droit de voter fixées par la Loi. Il ne s'agit pas d'un manquement de pure forme ou insignifiant. Cette façon de répondre d'un électeur est invalide et l'électeur qui a tenté d'établir ainsi son identité n'avait pas le droit de voter.

(2) Votes annulés pour cause d'irrégularités concernant l'inscription

[190] Comme nous l'avons vu, une personne est inscrite pour voter soit lorsque son nom est inclus dans la liste électorale, soit lorsqu'elle a suivi la procédure relative aux certificats d'inscription établie par la Loi (art. 6 et al. 149c)).

a) *Bureau de scrutin n° 426*

[191] Le juge saisi de la requête a écarté 26 votes émanant d'électeurs qui avaient voté sur remise d'un certificat d'inscription au bureau de scrutin n° 426. Il a conclu, selon la prépondérance des probabilités, que ces électeurs n'avaient pas fait la déclaration de qualité d'électeur qu'ils étaient tenus de faire. (Le texte de la déclaration est reproduit au par. 159.)

[192] Il existe des éléments de preuve à l'appui de la conclusion du juge saisi de la requête. De nombreux problèmes sont survenus. Aucun certificat d'inscription n'a été retrouvé pour ces électeurs. La page du cahier du scrutin où doit être consigné le nombre de personnes ayant voté sur remise d'un

registration certificate voters. The page of the poll book where vouchers are to be recorded is also blank. Finally, none of these 26 registration certificate voters appear on the final list of electors as would normally be the case if registration certificates were sent to the returning officer for the riding after the election.

[193] While various explanations for each of these problems were advanced, the application judge concluded, on a balance of probabilities, that the explanation for this catalogue of deficiencies was that the necessary declarations were never made. The application judge made no palpable and overriding error in drawing this factual inference on the evidence before him.

[194] Having found that no declaration of qualification was made, the application judge correctly concluded that the applicant had established, on a balance of probabilities, that these votes should be set aside. The absence of a declaration of qualification was not merely technical or trivial. This irregularity went to the heart of entitlement to vote. Accordingly, the presumption of regularity was rebutted and these votes were properly set aside.

(b) *Poll 174*

[195] The application judge set aside one vote at poll 174 cast by a registration certificate voter. He concluded, on a balance of probabilities, that this voter had not made the required declaration of qualification to vote.

[196] The evidence before the application judge supported this factual conclusion. The box on the registration certificate dealing with qualification to vote was left blank, and the certificate in question verified the voter's identity and residence, but did not attest to the voter's qualification to vote. The declaration was not signed by the voter. On

certificat d'inscription est vierge. Aucune adresse n'est inscrite pour les électeurs ayant voté sur remise d'un certificat d'inscription. De plus, la page du cahier du scrutin où doit figurer le nom des répondants est également vierge. Enfin, aucun de ces 26 électeurs n'est inscrit sur la liste électorale définitive, comme ce serait normalement le cas si les certificats d'inscription avaient été envoyés au directeur du scrutin de la circonscription après l'élection.

[193] Bien que diverses explications aient été fournies pour chacun de ces problèmes, le juge saisi de la requête a conclu, suivant la prépondérance des probabilités, que cette kyrielle de manquements s'expliquait par le fait que les déclarations nécessaires n'avaient jamais été faites. Le juge n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en tirant cette inférence factuelle de la preuve dont il disposait.

[194] Ayant constaté qu'aucune déclaration de qualité d'électeur n'avait été faite, le juge saisi de la requête a conclu à bon droit que le requérant avait établi, selon la prépondérance des probabilités, que les votes en cause devaient être écartés. L'absence de déclaration de qualité d'électeur n'est pas un manquement de pure forme ou insignifiant. Cette irrégularité touche au cœur même du droit de voter. Par conséquent, la présomption de régularité a été réfutée et ces votes ont été écartés avec raison.

b) *Bureau de scrutin n° 174*

[195] Le juge saisi de la requête a écarté un vote enregistré au bureau de scrutin n° 174 par un électeur qui a remis un certificat d'inscription. Il a conclu, selon la prépondérance des probabilités, que cet électeur n'avait pas fait la déclaration de qualité d'électeur qu'il devait faire.

[196] La preuve dont disposait le juge saisi de la requête établissait cette conclusion de fait. La case du certificat d'inscription portant sur la qualité d'électeur a été laissée en blanc; le certificat a donc été utilisé pour confirmer l'identité et la résidence de l'électeur, mais il n'en attestait pas la qualité d'électeur. L'électeur n'a pas signé la déclaration. Le juge

this basis, the application judge concluded that the declaration of qualification was never made. Consequently, the presumption of regularity was rebutted and this vote was properly set aside.

(c) *Poll 89*

[197] At poll 89, 10 people voted by registration certificate without signing their declaration of qualification. Instead, the election official signed in the space reserved for the voter's declaration, while leaving blank the space where the deputy returning officer or registration officer is required to sign.

[198] The Act permits election officials to assist voters, including by signing the declaration of qualification on behalf of the voter. However, the application judge found that the election official did not sign the declaration on behalf of the voters in question. Rather, he did so on his own behalf, although in the wrong place. Therefore, the application judge concluded that no declaration was made by the voters.

[199] There was evidence to support his conclusion, which was not tainted by palpable and overriding error. First, the space where the election official was required to sign in his own capacity was blank. Second, there is nothing to indicate that the election official signed on behalf of the elector, instead of signing for himself, albeit mistakenly in the wrong place. Accordingly, the presumption of regularity is displaced.

[200] I note that the poll book indicates that one of the 10 voters at issue here was already on the list of electors for polling division 89. That voter had already complied with the registration prerequisite of entitlement to vote by being on the list of electors for polling division 89. The voter therefore did not need to file a registration certificate in order to become entitled to vote.

[201] Therefore, only nine of these votes were properly set aside.

saisi de la requête a conclu pour cette raison que la qualité d'électeur n'avait jamais été attestée. En conséquence, la présomption de régularité a été réfutée et le vote en cause a été écarté avec raison.

c) *Bureau de scrutin n° 89*

[197] Dix personnes ont voté sur remise d'un certificat d'inscription au bureau de scrutin n° 89 sans avoir signé leur déclaration de qualité d'électeur. C'est plutôt le fonctionnaire électoral qui a apposé sa signature dans l'espace réservé à la déclaration de l'électeur, tout en laissant en blanc l'espace où doit signer le scrutateur ou l'agent d'inscription.

[198] La Loi permet aux fonctionnaires électoraux d'aider les électeurs, notamment en signant en leur nom la déclaration de qualité d'électeur. Le juge saisi de la requête a toutefois conclu que le fonctionnaire électoral n'avait pas signé la déclaration au nom des électeurs en cause. Il l'avait plutôt signée en son propre nom, mais au mauvais endroit. Le juge est donc arrivé à la conclusion que ces électeurs n'avaient pas fait de déclaration.

[199] Il existait des éléments de preuve à l'appui de sa conclusion, qui n'est entachée d'aucune erreur manifeste et dominante. Premièrement, l'espace où le fonctionnaire électoral devait signer en son propre nom est vierge. Deuxièmement, rien n'indique que le fonctionnaire électoral a signé au nom de l'électeur plutôt qu'en son nom propre, bien qu'erronément au mauvais endroit. Par conséquent, la présomption de régularité est réfutée.

[200] Je souligne que, d'après le cahier du scrutin, un des 10 électeurs en cause était déjà inscrit sur la liste électorale établie pour la section de vote n° 89. L'électeur en question satisfaisait déjà aux conditions du droit de voter concernant l'inscription, puisqu'il figurait sur la liste électorale établie pour la section de vote n° 89. Il n'avait donc pas à remettre un certificat d'inscription ou une déclaration de qualité d'électeur pour avoir le droit de voter.

[201] Seulement neuf de ces votes ont donc été écartés avec raison.

(d) *Poll 31*

[202] Regarding poll 31, the application judge set aside 15 votes cast by registration certificate voters whose registration certificates could not be found. Here, as at poll 426, no one was listed as having vouched for any of these voters, and the voters' names were not added to the final list of electors following the election. The application judge concluded that registration certificate declarations of qualification were never made for these voters. There was evidence to support this conclusion, which is not tainted by palpable and overriding error.

[203] Ordinarily, this conclusion would result in all of the registration certificate votes concerned being set aside, and this is indeed the case for two of the votes. However, an additional issue is raised, as the remaining 13 registration certificate voters were already on the list of electors for polling division 31 (three voters) or for other polling divisions within the electoral district (10 voters).

[204] The three votes cast by voters already on the list of electors for polling division 31 should not have been set aside. These voters had already satisfied the registration prerequisite of entitlement to vote. The application judge erred in failing to identify these three voters as entitled to vote through inclusion on the list of electors for polling division 31.

[205] A further 10 voters were on lists of electors, but for other polling divisions within the electoral district. The issue is whether these votes were properly set aside. The application judge declined to set aside one vote at poll 31 because that voter was on the list of electors for another polling division in the same electoral district. If the application judge had consistently applied this approach, these further 10 votes would also have been allowed.

d) *Bureau de scrutin n° 31*

[202] En ce qui concerne le bureau de scrutin n° 31, le juge saisi de la requête a écarté 15 votes émanant d'électeurs dont les certificats d'inscription n'ont pu être retrouvés. Dans ce bureau de scrutin, tout comme au bureau de scrutin n° 426, personne n'a été identifié comme répondant de ces électeurs, et le nom de ces derniers n'a pas été inscrit sur la liste électorale définitive après l'élection. Le juge a conclu que ces électeurs n'avaient jamais fait la déclaration de qualité d'électeur contenue dans le certificat d'inscription. Il existait des éléments de preuve à l'appui de cette conclusion, qui n'est entachée d'aucune erreur manifeste et dominante.

[203] Normalement, cette conclusion entraînerait l'annulation de tous les votes en cause émanant d'électeurs ayant voté sur remise d'un certificat d'inscription, et c'est bel et bien le cas de deux d'entre eux. Cependant, une question supplémentaire se pose, vu que les 13 autres électeurs ayant voté sur remise d'un certificat d'inscription figuraient déjà sur la liste électorale établie pour la section de vote n° 31 (trois électeurs) ou pour une autre section de vote de la circonscription (10 électeurs).

[204] Les trois votes émanant d'électeurs déjà inscrits sur la liste électorale de la section de vote n° 31 n'auraient pas dû être écartés. Ces électeurs avaient déjà satisfait à la condition concernant l'inscription pour avoir le droit de voter. Le juge saisi de la requête a fait erreur en ne reconnaissant pas que ces trois électeurs avaient le droit de voter vu leur inclusion dans la liste électorale établie pour la section de vote n° 31.

[205] Dix autres électeurs figuraient sur une liste électorale, mais pour d'autres sections de vote de la circonscription. Il s'agit de décider si les votes de ces électeurs ont été écartés avec raison. Le juge saisi de la requête a refusé d'écartier un vote au bureau de scrutin n° 31, parce que l'électeur en cause figurait sur la liste électorale d'une autre section de vote de la même circonscription. Si le juge avait employé systématiquement cette démarche, il aurait aussi accepté ces 10 autres votes.

[206] In my view, the application judge erred in setting these 10 votes aside. The record establishes that each of these voters was qualified, registered in a polling division within the electoral district and properly identified before they cast their ballots. The difficulty is that the polling station in Etobicoke Centre where they cast their ballots was not the polling station for the polling division in Etobicoke Centre where they were registered to vote. Section 6 of the Act expressly states that a person on the list of electors is only entitled to vote at the polling station for the polling division in which she is listed.

[207] In this case, the fact that 10 votes were cast at the wrong polling station within the riding is a merely technical or trivial deficiency. It is therefore not an irregularity within the meaning of s. 524(1)(b) and these votes should not be set aside. In essence, the 10 electors placed their ballots in the wrong box. Because the ballots from all boxes in an electoral district are aggregated to determine the winning candidate, placing a ballot in the wrong box does not impact the overall tallies for the district. There is no evidence or suggestion of double-voting. Ultimately, the problem here went simply to where the votes were cast within the electoral district. Often, the polling stations for different polling divisions are grouped together in a central polling location. The error might have been as minor as walking to the wrong table in the room where voting was taking place. As a result, I am of the view that the deficiency affecting these 10 votes is inconsequential and, as a result, may be considered technical or trivial. For this reason, these votes should not be set aside.

[208] My conclusion in respect of these 10 votes should not be understood as undermining the practical importance of polling divisions. Polling divisions are key administrative units around which elections are organized, ensuring that voting proceeds in an orderly fashion, and they ought to be respected.

[206] À mon avis, le juge saisi de la requête a fait erreur en écartant ces 10 votes. Il ressort du dossier que tous ces électeurs avaient qualité d'électeur, étaient inscrits dans une section de vote de la circonscription et s'étaient identifiés correctement avant de voter. Le problème tient à ce que ces électeurs ont voté dans un bureau de scrutin d'Etobicoke-Centre qui n'était pas le bureau de scrutin de la section de vote d'Etobicoke-Centre où ils étaient inscrits. L'article 6 de la Loi énonce expressément qu'une personne ne peut voter qu'au bureau de scrutin établi pour la section de vote où son nom est inscrit sur la liste électorale.

[207] En l'espèce, le fait que 10 électeurs aient voté au mauvais bureau de scrutin à l'intérieur de la circonscription constitue un manquement de pure forme ou insignifiant. Il ne s'agit donc pas d'une irrégularité au sens de l'al. 524(1)b), et les votes de ces électeurs ne doivent pas être écartés. Les 10 électeurs ont essentiellement déposé leur bulletin de vote dans la mauvaise urne. Puisqu'on regroupe les bulletins de vote de toutes les urnes d'une circonscription pour déterminer quel est le candidat élu, le dépôt d'un bulletin de vote dans la mauvaise urne n'a aucune incidence sur le décompte total des votes enregistrés dans la circonscription. Rien ne prouve ou ne donne à penser qu'un électeur a voté deux fois. Tout compte fait, le problème qui se pose ici ne concerne que l'endroit où les électeurs ont voté à l'intérieur de la circonscription. Il arrive souvent que des bureaux de scrutin établis pour différentes sections de vote soient réunis dans un lieu central. Cette erreur était peut-être aussi anodine que le fait de se présenter à la mauvaise table de la salle où se déroulait le scrutin. Par conséquent, je suis d'avis que le manquement entachant ces 10 votes est sans conséquence et peut être considéré comme de pure forme ou insignifiant. Pour cette raison, il ne faut pas écarter ces votes.

[208] Ma conclusion sur ces 10 votes ne doit pas être perçue comme diminuant l'importance pratique des sections de vote. Ce sont des entités administratives capitales autour desquelles les élections sont organisées de façon à ce que le scrutin se déroule de façon ordonnée et elles doivent être respectées.

IV. Fresh Evidence Motion

[209] The Chief Electoral Officer and the returning officer brought a motion to adduce fresh evidence. The evidence consists of a list of 52 names of voters in Etobicoke Centre for whom registration certificates are missing, and indicates whether those names appeared in March 2011 in the national register of electors (“NROE”), a database of Canadians qualified to vote in federal elections. The NROE is used to generate a preliminary list of electors, which is then added to and deleted from to create the list of electors used on election day.

[210] Of the votes set aside by the application judge, eight were cast by individuals whose names did not appear in the NROE at all, so there is no suggestion that it was an error to set those votes aside on the basis of the NROE. Three names on the NROE are those of voters from poll 31 who were on the list of electors for that polling division, which I have held were improperly set aside. This leaves 41 voters whose names appear in the NROE and whose votes were set aside by the application judge.

[211] An appellate court will consider the relevance and reliability of fresh evidence in determining whether to admit it, as well as whether the evidence could have been adduced at trial through due diligence: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759. However, contested election applications must be heard “without delay and in a summary way” under s. 525(3) of the Act, which suggests that the due diligence requirement can perhaps be relaxed in the election context.

[212] In my view, notwithstanding any relaxation of the due diligence requirement, the fresh evidence motion should be dismissed for two reasons.

[213] First, the evidence is not relevant to the matter before this Court. As discussed earlier in these reasons, after-the-fact information that a

IV. Requête en présentation d'une nouvelle preuve

[209] Le directeur général des élections et le directeur du scrutin ont déposé une requête en vue de présenter un nouvel élément de preuve, soit une liste où figure le nom de 52 électeurs d'Etobicoke-Centre pour lesquels on n'a retrouvé aucun certificat d'inscription et qui indique lesquels étaient inscrits en mars 2011 sur le Registre national des électeurs (RNÉ), une base de données des Canadiens et Canadiennes ayant qualité d'électeur à une élection fédérale. Le RNÉ sert à produire une liste électorale préliminaire, qui deviendra au fil des ajouts et des suppressions la liste électorale utilisée le jour du scrutin.

[210] Parmi les votes écartés par le juge saisi de la requête, huit émanent de personnes qui ne figurent pas du tout dans le RNÉ, et personne ne laisse entendre qu'il était erroné d'éjecter ces votes sur le fondement du RNÉ. On trouve dans le RNÉ le nom de trois électeurs de la section de vote n° 31 qui étaient déjà inscrits sur la liste électorale de cette section de vote, dont j'ai conclu que les votes ont été écartés à tort. Il reste donc 41 électeurs dont le nom figure dans le RNÉ et dont le vote a été écarté par le juge saisi de la requête.

[211] Un tribunal d'appel évalue la pertinence et la fiabilité de la nouvelle preuve pour déterminer s'il faut l'admettre et si, avec diligence raisonnable, elle aurait pu être produite au procès : *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759. Toutefois, aux termes du par. 525(3) de la Loi, la requête en contestation d'élection est instruite « sans délai et selon la procédure sommaire », ce qui peut laisser croire à la possibilité d'un assouplissement du critère relatif à la diligence raisonnable dans le contexte d'une élection.

[212] À mon avis, malgré tout assouplissement du critère de la diligence raisonnable, deux motifs justifient le rejet de la requête en vue de présenter une nouvelle preuve.

[213] Premièrement, la preuve n'est pas pertinente pour trancher la question dont la Cour est saisie. Comme je l'explique précédemment, les

non-entitled voter was qualified is not relevant to whether he was entitled to receive a ballot on election day. Nothing in the Act suggests that this is an appropriate way to protect the integrity of the electoral system. Votes were set aside in this case because of failures in the registration and identification prerequisites of entitlement. These cannot be remedied by after-the-fact proofs of qualification. Without the voter establishing his qualifications in an approved manner prior to voting, the Act is clear that he is not entitled to vote (ss. 6, 148.1 and 149).

[214] Second, the reliability of the evidence is questionable. All that Elections Canada has done is attempt to discern names that are handwritten in the poll book, and type them into the NROE database to find the closest match. Some of the names typed in are significantly different from their closest match, suggesting that the person in the NROE is not the person in the poll book. It is also entirely possible that handwritten names have been misread, or that two individuals have the same name. Furthermore, the NROE data relates to two months before the election. If the person in the NROE is the same individual whose name did not appear on the list of electors on election day, there is no way of knowing whether she was removed from the list inadvertently or intentionally.

[215] In any event, even if one were to accept that this after-the-fact, untested information about qualification can somehow legitimize voting by a non-entitled but qualified individual, admitting the evidence would not affect the disposition of the appeal. Of the 41 individuals at issue on the NROE list, 22 are linked in the NROE database to addresses outside Etobicoke Centre. This suggests either that these are different people, or that, as of March 2011, they were not resident within the riding. Neither conclusion supports a finding that these were qualified Etobicoke Centre voters. This

renseignements obtenus après coup sur la qualité d'électeur d'une personne n'ayant pas le droit de voter ne jouent pas pour établir si cette personne pouvait recevoir un bulletin de vote le jour du scrutin. Rien dans la Loi ne permet de conclure qu'il s'agit là d'un moyen adéquat de préserver l'intégrité du système électoral. Des votes ont été écartés en l'espèce en raison de manquements aux conditions du droit de voter concernant l'inscription et l'identification. Ces manquements ne peuvent être corrigés après coup par des éléments de preuve établissant la qualité d'électeur. La Loi prévoit clairement que la personne qui n'établit pas sa qualité d'électeur par l'un ou l'autre des moyens approuvés n'a pas le droit de voter (art. 6, 148.1 et 149).

[214] Deuxièmement, la preuve est d'une fiabilité douteuse. Élections Canada a simplement tenté de déchiffrer les noms inscrits à la main dans le cahier du scrutin et les a entrés dans le RNÉ pour les associer aux noms les plus semblables. Dans certains cas, les deux noms associés diffèrent sensiblement, ce qui donne à penser que, dans ces cas, la personne inscrite dans le RNÉ n'est pas celle dont le nom figure dans le cahier du scrutin. En outre, il est tout à fait possible qu'il y ait eu erreur de déchiffrement ou que deux personnes portent le même nom. Qui plus est, les données du RNÉ remontent à deux mois avant la tenue du scrutin. En supposant qu'une personne dont le nom ne paraissait pas sur la liste électorale le jour du scrutin soit effectivement la même que celle qui était inscrite dans le RNÉ, aucun moyen ne permet de déterminer si son nom a été retiré de la liste intentionnellement ou par inadvertance.

[215] Quoi qu'il en soit, quand bien même on reconnaîtrait que ces renseignements sur la qualité d'électeur — obtenus après coup et non vérifiés — pouvaient légitimer le vote de personnes qui n'avaient pas le droit de voter, mais avaient qualité d'électeur, cela n'aurait aucune incidence sur l'issue de l'appel. Des 41 personnes en question inscrites dans le RNÉ, 22 résident, selon le RNÉ, à une adresse située à l'extérieur de la circonscription d'Etobicoke-Centre. On peut donc penser qu'il ne s'agit pas des mêmes personnes, ou qu'elles ne résidaient pas dans la circonscription en

leaves a total of 19 individuals who, were this evidence to be accepted as relevant and reliable, appear to have been qualified voters in Etobicoke-Centre in March 2011. Even if all 19 of these votes were wrongly set aside, the number of votes properly set aside would still be 46, a number sufficient to annul the election.

V. Conclusion

[216] Of the 79 votes set aside by the application judge, I conclude that 65 were properly set aside, as follows:

Votes Set Aside Due to Irregularities in Identification

8 votes properly set aside at poll 21

8 votes properly set aside at poll 174

7 votes properly set aside at poll 502

4 votes properly set aside at poll 30

Votes Set Aside Due to Irregularities in Registration

26 votes properly set aside at poll 426

1 vote properly set aside at poll 174

9 votes properly set aside at poll 89

2 votes properly set aside at poll 31

This exceeds the 26-vote plurality in this electoral district.

mars 2011. Or, ni l'une ni l'autre de ces hypothèses ne permet de conclure que ces personnes avaient qualité d'électeur pour voter dans Etobicoke-Centre en mars 2011. Si ces nouveaux éléments de preuve étaient jugés pertinents et fiables, il resterait donc 19 personnes au total dont on peut conclure qu'elles avaient qualité d'électeur pour voter dans Etobicoke-Centre en mars 2011. Or, quand bien même ces 19 votes auraient tous été écartés à tort, 46 votes l'ont été à bon droit, ce qui suffit pour que l'élection soit annulée.

V. Conclusion

[216] Des 79 votes écartés par le juge saisi de la requête, je conclus que 65 l'ont été à bon droit, soit :

Votes écartés pour cause d'irrégularités concernant l'identification

8 votes écartés à bon droit pour le bureau de scrutin n° 21

8 votes écartés à bon droit pour le bureau de scrutin n° 174

7 votes écartés à bon droit pour le bureau de scrutin n° 502

4 votes écartés à bon droit pour le bureau de scrutin n° 30

Votes écartés pour cause d'irrégularités concernant l'inscription

26 votes écartés à bon droit pour le bureau de scrutin n° 426

1 vote écarté à bon droit pour le bureau de scrutin n° 174

9 votes écartés à bon droit pour le bureau de scrutin n° 89

2 votes écartés à bon droit pour le bureau de scrutin n° 31

Le nombre de votes écartés à bon droit est supérieur à la majorité de 26 voix obtenue dans la circonscription.

[217] Therefore, the applicant succeeded in establishing the existence of “irregularities . . . that affected the result of the election” under s. 524(1)(b) and the election is properly annulled as contemplated under s. 531(2) of the Act. There is no need to consider the cross-appeal. The appeal should be dismissed and the fresh evidence motion dismissed.

APPENDIX

Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9

3. Every person who is a Canadian citizen and is 18 years of age or older on polling day is qualified as an elector.

. . .
6. Subject to this Act, every person who is qualified as an elector is entitled to have his or her name included in the list of electors for the polling division in which he or she is ordinarily resident and to vote at the polling station for that polling division.

44. (1) The Chief Electoral Officer shall maintain a register of Canadians who are qualified as electors, to be known as the Register of Electors.

(2) The Register of Electors shall contain, for each elector who is included in it, his or her surname, given names, sex, date of birth, civic address, mailing address and any other information that is provided under subsections 49(2), 194(7), 195(7), 223(2), 233(2) and 251(3).

(2.1) The Register of Electors must also contain, for each elector, a unique, randomly generated identifier that is assigned by the Chief Electoral Officer.

(3) Inclusion in the Register of Electors is at the option of the elector.

. . .
143. (1) Each elector, on arriving at the polling station, shall give his or her name and address to the deputy returning officer and the poll clerk, and, on request, to a candidate or his or her representative.

[217] Par conséquent, le requérant a réussi à établir l’existence d’« irrégularité[s] [...] ayant influé sur le résultat de l’élection » au sens de l’al. 524(1)b, et l’élection est annulée à bon droit en vertu du par. 531(2) de la Loi. Point n’est besoin d’examiner l’appel incident. Je suis d’avis de rejeter l’appel et de rejeter la requête en présentation d’une nouvelle preuve.

ANNEXE

Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9

3. A qualité d'électeur toute personne qui, le jour du scrutin, est citoyen canadien et a atteint l'âge de dix-huit ans.

. . .
6. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, toute personne qui a qualité d'électeur a le droit de faire inscrire son nom sur la liste électorale pour la section de vote où elle réside habituellement et de voter au bureau de scrutin établi pour cette section de vote.

44. (1) Le directeur général des élections tient le Registre des électeurs, un registre des Canadiens ayant qualité d'électeur.

(2) Le Registre des électeurs contient les nom, prénoms, sexe, date de naissance et adresses municipale et postale de chaque électeur inscrit et tous autres renseignements fournis dans le cadre des paragraphes 49(2), 194(7), 195(7), 223(2), 233(2) et 251(3).

(2.1) Le Registre des électeurs contient également l'identificateur unique, généré de façon aléatoire, que le directeur général des élections attribue à chaque électeur.

(3) L'inscription au Registre des électeurs est facultative.

. . .
143. (1) À son arrivée au bureau de scrutin, chaque électeur décline ses nom et adresse au scrutateur et au greffier du scrutin et, sur demande, au représentant d'un candidat ou au candidat lui-même.

(2) If the poll clerk determines that the elector's name and address appear on the list of electors or that the elector is allowed to vote under section 146, 147, 148 or 149, then, subject to subsection (3), the elector shall provide to the deputy returning officer and the poll clerk the following proof of his or her identity and residence:

(a) one piece of identification issued by a Canadian government, whether federal, provincial or local, or an agency of that government, that contains a photograph of the elector and his or her name and address; or

(b) two pieces of identification authorized by the Chief Electoral Officer each of which establish the elector's name and at least one of which establishes the elector's address.

(2.1) For greater certainty, the Chief Electoral Officer may authorize as a piece of identification for the purposes of paragraph (2)(b) any document, regardless of who issued it.

(2.2) For the purposes of paragraph (2)(b), a document issued by the Government of Canada that certifies that a person is registered as an Indian under the *Indian Act* constitutes an authorized piece of identification.

(3) An elector may instead prove his or her identity and residence by taking the prescribed oath if he or she is accompanied by an elector whose name appears on the list of electors for the same polling division and who

(a) provides to the deputy returning officer and the poll clerk the piece or pieces of identification referred to in paragraph (2)(a) or (b), respectively; and

(b) vouches for him or her on oath in the prescribed form.

(3.1) If the address contained in the piece or pieces of identification provided under subsection (2) or paragraph (3)(a) does not prove the elector's residence but is consistent with information related to the elector that appears on the list of electors, the elector's residence is deemed to have been proven.

(3.2) Despite subsection (3.1), a deputy returning officer, poll clerk, candidate or candidate's representative who has reasonable doubts concerning the residence of an elector referred to in that subsection may request that the elector take the prescribed oath, in which case his or her residence is deemed to have been proven only if he or she takes that oath.

(2) Le greffier du scrutin s'assure que le nom et l'adresse de l'électeur figurent sur la liste électorale ou que l'électeur est admis à voter au titre des articles 146, 147, 148 ou 149; sous réserve du paragraphe (3), l'électeur présente alors au scrutateur et au greffier du scrutin les documents ci-après pour établir son identité et sa résidence :

a) soit une pièce d'identité délivrée par un gouvernement canadien, fédéral ou provincial, une administration locale ou l'un de leurs organismes et comportant sa photographie, son nom et son adresse;

b) soit deux pièces d'identité autorisées par le directeur général des élections qui, toutes deux, établissent son nom et dont au moins une établit son adresse.

(2.1) Il est entendu que, pour l'application de l'alinéa (2)b), le directeur général des élections peut autoriser à titre de pièce d'identité tout document, indépendamment de son auteur.

(2.2) Pour l'application de l'alinéa (2)b), un document délivré par le gouvernement du Canada certifiant qu'une personne est inscrite à titre d'Indien sous le régime de la *Loi sur les Indiens* constitue une pièce d'identité autorisée.

(3) Cependant, l'électeur peut également établir son identité et sa résidence en prêtant le serment prescrit, s'il est accompagné d'un électeur dont le nom figure sur la liste électorale de la même section de vote qui, à la fois :

a) présente au scrutateur et au greffier du scrutin les pièces d'identité visées aux alinéas (2)a) ou b);

b) répond de l'électeur, sous serment, sur le formulaire prescrit.

(3.1) Si l'adresse qui figure sur les pièces d'identité fournies aux termes du paragraphe (2) ou de l'alinéa (3)a) n'établit pas la résidence de l'électeur, mais qu'elle concorde avec les renseignements figurant à l'égard de celui-ci sur la liste électorale, la résidence de l'électeur est réputée avoir été établie.

(3.2) Malgré le paragraphe (3.1), le scrutateur, le greffier du scrutin ou le candidat ou son représentant qui a des doutes raisonnables au sujet de la résidence de l'électeur peut lui demander de prêter le serment prescrit. La résidence n'est alors réputée établie que si la personne prête le serment.

(4) If the deputy returning officer is satisfied that an elector's identity and residence have been proven in accordance with subsection (2) or (3), the elector's name shall be crossed off the list and, subject to section 144, the elector shall be immediately allowed to vote.

(5) No elector shall vouch for more than one elector at an election.

(6) An elector who has been vouched for at an election may not vouch for another elector at that election.

(7) The Chief Electoral Officer shall publish each year, and within three days after the issue of a writ, in a manner that he or she considers appropriate, a notice setting out the types of identification that are authorized for the purpose of paragraph (2)(b). The first annual notice shall be published no later than six months after the coming into force of this subsection.

144. A deputy returning officer, poll clerk, candidate or candidate's representative who has reasonable doubts concerning whether a person intending to vote is qualified as an elector may request that the person take the prescribed oath, and the person shall not be allowed to vote unless he or she takes that oath.

148.1 (1) An elector who fails to prove his or her identity and residence in accordance with subsection 143(2) or (3) or to take an oath otherwise required by this Act shall not receive a ballot or be allowed to vote.

(2) If an elector refuses to take an oath because he or she is not required to do so under this Act, the elector may appeal to the returning officer. If, after consultation with the deputy returning officer or the poll clerk of the polling station, the returning officer decides that the elector is not required to take the oath, and if the elector is entitled to vote in the polling division, the returning officer shall direct that he or she be allowed to do so.

149. An elector whose name does not appear on the official list of electors in his or her polling station shall not be allowed to vote unless

(a) the elector gives the deputy returning officer a transfer certificate described in section 158 or 159 and, for a certificate described in subsection 158(2), fulfills the conditions described in subsection 158(3);

(4) Si le scrutateur est convaincu que l'identité et la résidence de l'électeur ont été établies conformément aux paragraphes (2) ou (3), le nom de l'électeur est biffé de la liste et, sous réserve de l'article 144, il est immédiatement admis à voter.

(5) Il est interdit à un électeur de répondre de plus d'un électeur à une élection.

(6) L'électeur pour lequel un autre électeur s'est porté répondant ne peut lui-même agir à ce titre à la même élection.

(7) Chaque année et dans les trois jours suivant la date de délivrance du bref, le directeur général des élections publie, selon les modalités qu'il estime indiquées, un avis indiquant les types de pièces autorisés pour l'application de l'alinéa (2)b). Le premier avis annuel est publié au plus tard six mois après l'entrée en vigueur du présent paragraphe.

144. S'il a des doutes raisonnables sur la qualité d'électeur d'une personne qui a l'intention de voter, le scrutateur, le greffier du scrutin, le représentant du candidat ou le candidat lui-même peut lui demander de prêter le serment prescrit. La personne n'est admise à voter que si elle prête le serment.

148.1 (1) L'électeur qui n'établit pas son identité ou sa résidence conformément aux paragraphes 143(2) ou (3) ou ne prête pas serment conformément à la présente loi ne peut recevoir de bulletin de vote ni être admis à voter.

(2) L'électeur qui refuse de prêter serment au motif qu'il n'est pas tenu de le faire en vertu de la présente loi peut en appeler au directeur du scrutin; si celui-ci, après consultation du scrutateur ou du greffier du scrutin du bureau de scrutin, décide que l'électeur n'est effectivement pas tenu de prêter serment, il ordonne qu'il soit permis à cet électeur de voter, s'il est habile à voter.

149. L'électeur dont le nom ne figure pas sur la liste électorale officielle du bureau de scrutin n'est admis à voter que dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) il remet au scrutateur un certificat de transfert obtenu en conformité avec les articles 158 ou 159 et, s'il s'agit d'un certificat délivré en vertu du paragraphe 158(2), les conditions prévues au paragraphe 158(3) sont remplies;

(b) the deputy returning officer ascertains with the returning officer that the elector is listed on the preliminary list of electors or was registered during the revision period; or

(c) the elector gives the deputy returning officer a registration certificate described in subsection 161(4).

b) le scrutateur est convaincu, après vérification auprès du directeur du scrutin, qu'il est inscrit sur la liste électorale préliminaire ou qu'il a été inscrit comme électeur au moment de la révision;

c) il remet au scrutateur un certificat d'inscription obtenu en conformité avec le paragraphe 161(4).

161. (1) An elector whose name is not on the list of electors may register in person on polling day if the elector

(a) provides as proof of his or her identity and residence the piece or pieces of identification referred to in paragraph 143(2)(a) or (b), respectively, which piece or one of which pieces must contain an address that proves his or her residence; or

(b) proves his or her identity and residence by taking the prescribed oath, and is accompanied by an elector whose name appears on the list of electors for the same polling division and who

(i) provides the piece or pieces of identification referred to in paragraph 143(2)(a) or (b), respectively, which piece or one of which pieces must contain either an address that proves his or her residence or an address that is consistent with information related to him or her that appears on the list of electors, and

(ii) vouches for him or her on oath in the prescribed form, which form must include a statement as to the residence of both electors.

(2) Where subsection (1) applies, the registration may take place before

(a) a registration officer at a registration desk established under subsection 39(1); or

(b) a deputy returning officer at a polling station with respect to which the Chief Electoral Officer determines that the officer be authorized to receive registrations.

(3) In the case of a registration under paragraph (2)(a), the registration officer shall permit one representative of each candidate in the electoral district to be present.

(4) Where the elector satisfies the requirements of subsection (1), the registration officer or deputy returning officer, as the case may be, shall complete a

161. (1) L'électeur dont le nom ne figure pas déjà sur la liste électorale peut, le jour du scrutin, s'inscrire en personne s'il établit son identité et sa résidence :

a) soit en présentant la pièce visée à l'alinéa 143(2)a sur laquelle figure une adresse qui établit sa résidence ou les pièces visées à l'alinéa 143(2)b dont au moins une porte une telle adresse;

b) soit en prêtant le serment prescrit, s'il est accompagné d'un électeur dont le nom figure sur la liste électorale de la même section de vote et qui, à la fois :

(i) présente soit la pièce visée à l'alinéa 143(2)a sur laquelle figure une adresse qui établit sa résidence ou qui concorde avec les renseignements figurant à son égard sur la liste électorale, soit les pièces visées à l'alinéa 143(2)b dont au moins une porte une telle adresse,

(ii) répond de lui, sous serment, sur le formulaire prescrit, lequel comporte une déclaration portant sur la résidence des deux électeurs.

(2) L'inscription se fait auprès d'un agent d'inscription à un bureau d'inscription établi en vertu du paragraphe 39(1) ou auprès du scrutateur, dans le cas d'un bureau de scrutin pour lequel le directeur général des élections a déterminé que le scrutateur lui-même devrait remplir les fonctions d'agent d'inscription.

(3) L'agent d'inscription doit permettre que soit présent au bureau d'inscription un représentant de chaque candidat dans la circonscription.

(4) Si l'électeur satisfait aux exigences du paragraphe (1), l'agent d'inscription ou le scrutateur, selon le cas, lui délivre un certificat d'inscription, selon le

registration certificate in the prescribed form authorizing the elector to vote and the elector shall sign it.

(5) When a registration certificate is given under subsection (4), the list of electors is deemed, for the purposes of this Act, to have been modified in accordance with the certificate.

(6) No elector shall vouch for more than one elector at an election.

(7) An elector who has been vouched for at an election may not vouch for another elector at that election.

162. Each poll clerk shall

(f) indicate, if applicable, on the prescribed form that the elector has taken an oath and the type of oath;

524. (1) Any elector who was eligible to vote in an electoral district, and any candidate in an electoral district, may, by application to a competent court, contest the election in that electoral district on the grounds that

- (a) under section 65 the elected candidate was not eligible to be a candidate; or
- (b) there were irregularities, fraud or corrupt or illegal practices that affected the result of the election.

525. . . .

(3) An application shall be dealt with without delay and in a summary way. The court may, however, allow oral evidence to be given at the hearing of the application in specific circumstances.

531. . . .

(2) After hearing the application, the court may dismiss it if the grounds referred to in paragraph 524(1)(a) or (b), as the case may be, are not established and,

formulaire prescrit, l'autorisant à voter au bureau de scrutin établi dans la section de vote où il réside habituellement et le lui fait signer.

(5) La liste électorale est réputée avoir été modifiée en conformité avec tout certificat délivré aux termes du paragraphe (4).

(6) Il est interdit à un électeur de répondre de plus d'un électeur à une élection.

(7) L'électeur pour lequel un autre électeur s'est porté répondant ne peut lui-même agir à ce titre à la même élection.

162. Le greffier du scrutin :

f) indique sur le formulaire prescrit, le cas échéant, que l'électeur a prêté serment et précise la nature du serment;

524. (1) Tout électeur qui était habile à voter dans une circonscription et tout candidat dans celle-ci peuvent, par requête, contester devant le tribunal compétent l'élection qui y a été tenue pour les motifs suivants :

- a) inéligibilité du candidat élu au titre de l'article 65;
- b) irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal ayant influé sur le résultat de l'élection.

525. . . .

(3) La requête est instruite sans délai et selon la procédure sommaire; le tribunal peut toutefois entendre des témoins lors de l'audition dans des circonstances particulières.

531. . . .

(2) Au terme de l'audition, il peut rejeter la requête; si les motifs sont établis et selon qu'il s'agit d'une requête fondée sur les alinéas 524(1)a) ou b), il doit

where they are established, shall declare the election null and void or may annul the election, respectively.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and LEBEL and FISH JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant/respondent Ted Opitz: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto; Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant Borys Wrzesnewskyj: Gardiner, Roberts, Toronto; Gowlings, Ottawa.

Solicitors for the respondents Marc Mayrand (Chief Electoral Officer) and Allan Sperling (Returning Officer, Etobicoke Centre): Borden Ladner Gervais, Toronto; Elections Canada, Ottawa.

Sarah Thompson, on her own behalf.

Solicitors for the intervener Keith Archer (Chief Electoral Officer of British Columbia): Waddell, Raponi, Victoria; Turnham Woodland, Victoria.

Solicitors for the intervener O. Brian Fjeldheim (Chief Electoral Officer of Alberta): Shores Jardine, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Koch Thornton, Toronto.

constater la nullité de l'élection du candidat ou il peut prononcer son annulation.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, la juge en chef McLACHLIN et les juges LEBEL et FISH sont dissidents.

Procureurs de l'appelant/intimé Ted Opitz : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto; Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs de l'intimé/appelant Borys Wrzesnewskyj : Gardiner, Roberts, Toronto; Gowlings, Ottawa.

Procureurs des intimés Marc Mayrand (directeur général des élections) et Allan Sperling (directeur de scrutin, Etobicoke-Centre) : Borden Ladner Gervais, Toronto; Élections Canada, Ottawa.

Sarah Thompson, pour son propre compte.

Procureurs de l'intervenant Keith Archer (Chief Electoral Officer of British Columbia) : Waddell, Raponi, Victoria; Turnham Woodland, Victoria.

Procureurs de l'intervenant O. Brian Fjeldheim (Chief Electoral Officer of Alberta) : Shores Jardine, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Koch Thornton, Toronto.

Tab 9

CITATION: Conservative Fund Canada v. Canada (Elections),
2010 ONCA 882
DATE: 20101221
DOCKET: C51593

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Simmons, LaForme and Epstein JJ.A.

BETWEEN

Conservative Fund Canada

Applicant (Respondent)

and

The Chief Electoral Officer of Canada

Respondent (Appellant)

Barbara A. McIsaac, Angela Vivolo and Marc Chénier, for the appellant

William J. Burden, Arthur Hamilton and Linda I. Knol, for the respondent

Heard: June 10, 2010

On appeal from the order of Justice Herman J. Wilton-Siegel of the Superior Court of Justice dated December 31, 2009, with reasons reported at 2010 G.T.C. 1045.

Epstein J.A.:

[1] On its face, this seemingly curious case is about almost \$600,000 in public funds – seemingly curious as each party is disclaiming any right to the funds. However, properly understood, it is neither curious nor about the \$600,000. It is a debate about the accounting treatment of election expenses, the resolution of which affects general election spending limits.

[2] The specific question before this Court is whether the Chief Electoral Officer of Canada (the “CEO”) is obligated to authorize the amendment of two election expenses returns filed on behalf of the Conservative Party of Canada. The answer to this question depends on whether the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9 (the “*Elections Act*” or the “Act”) requires that general election expenses be reported in accordance with Generally Accepted Accounting Principles (“GAAP”).

[3] The question arises because in 2008 the Party received rebates under the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, of Goods and Services Tax (“GST”) it had paid for taxable supplies associated with the 2004 and 2006 general elections. If GAAP applies and the election expenses returns can be amended, the result will effectively be that political parties in receipt of such rebates will benefit by an increase in their legislatively available election spending.

[4] On the application judge’s interpretation of the relevant legislation, he concluded that GAAP applies to election expenses returns and that the Conservative Fund Canada,

which brought the application on behalf of the Party, is entitled to amend the two election expenses returns.

[5] On appeal, the CEO submits that the application judge erred in allowing the amendments. His analysis was based on an interpretation of the *Elections Act* that is contrary not only to the plain reading of the relevant provisions of the Act, but also to Parliament's intention to give every political party a fair chance to have its message heard or, as it is often called, to provide for a level political playing field.

[6] I agree, and would allow the appeal for the reasons that follow.

I. ACCOUNTING CONCEPTS

[7] Before turning to the applicable legislative provisions, I believe it will assist if I explain certain accounting terms relevant to the dispute between the parties.

[8] GAAP is a term used to refer to the conventions, rules and procedures that define approved accounting practices at a particular time. The principles include not only broad guidelines of general application, but also detailed practices and procedures, and are used by accountants in the preparation of financial statements: Bryan A. Garner, ed., *Black's Law Dictionary*, 8th ed. (St. Paul: West, 2004).

[9] Generally accepted auditing standards ("GAAS") is a term that refers to guidelines that establish the professional qualities of an auditor and the criteria to be used in an auditor's examination of financial records and the accompanying audit reports: *Black's Law Dictionary*, 8th ed.

[10] As can be seen from these definitions, the difference between the two is that GAAP is what organizations must follow while preparing financial statements and GAAS is what auditors must follow during an engagement.

[11] It is of note that a requirement for an auditor to apply GAAS does not indicate whether or not the financial records that are being examined must be prepared in accordance with GAAP. According to the handbook of the Canadian Institute of Chartered Accountants, reporting standards under GAAS include that “[w]here an opinion is expressed, it should indicate whether the financial statements present fairly, in all material respects, the financial position, results of operations and cash flows in accordance with Canadian generally accepted accounting principles” except when the statements are prepared on a different basis, as described in the auditor’s report (Canadian Institute of Chartered Accountants, *CICA Handbook* (Toronto: CICA, 2010), at s. 5100.02). Thus, GAAS neither mandates, nor excludes, GAAP.

II. STATUTORY FRAMEWORK

[12] As correctly identified by the application judge, the key to the resolution of this matter involves the interpretation of the election expense provisions contained in the *Elections Act* and the interplay between those provisions and the GST rebates provided to certain qualifying organizations under the *Excise Tax Act*. I will therefore start with a relatively extensive review of the legislative framework.

1. **The Elections Act**

[13] The *Elections Act* is the statute that regulates all aspects of elections and by-elections. The Act contains a number of important features that are relevant to this appeal.

Election spending limits and monitoring

[14] One important aspect of the *Elections Act* is that it limits election spending.

[15] Section 422 of the Act sets out a spending limit that applies uniformly to all political parties. It is calculated based on the number of registered electors in electoral districts in which the registered party has endorsed a candidate.

[16] Section 423 prohibits a party from incurring “election expenses” that exceed the limit calculated in accordance with this formula. Election expenses are broadly defined in s. 407 of the Act to include any costs incurred, whether paid or unpaid, or any non-monetary contributions received, by a registered party that are used to directly promote or oppose a registered party, its leader or a candidate during an election period. Under para. 497(1)(l), it is an offence for the chief agent of a registered political party to incur expenses that exceed the statutory limit.

[17] To enable the CEO to monitor election expenses and to ensure parties adhere to the spending limits, s. 429 of the *Elections Act* requires the chief agent of a registered party to provide an election expenses return to the CEO when a general election has been held.

[18] In addition, the party's auditor is required, pursuant to s. 430 of the Act, to examine the general election expenses return in accordance with GAAS and to report to the party's chief agent. This report must be included in the party's general election expenses return. Section 430 requires the auditor's report to include an opinion as to whether the return presents fairly the information contained in the financial records on which the return is based. In its current form, there is no mention of GAAP in s. 430.

[19] However, that was not the case between 2000 and 2004. At that time, the wording of s. 430(1) expressly required the auditor to provide an opinion in his or her report as to whether the financial records supporting the election expenses return were prepared in accordance with GAAP. It was only in 2004, with the introduction of significant changes to the rules pertaining to political financing, that the reference to GAAP in s. 430(1) was removed.

Other financial reporting requirements

[20] In addition to filing election expenses returns, registered political parties must file a financial transactions return for each fiscal period, pursuant to s. 424 of the *Elections Act*. Sections 424(2)(f) and (g) stipulate that a financial transactions return must provide a statement of the party's assets and liabilities and any surplus or deficit, and a statement of the party's revenues and expenses, all in accordance with GAAP. Section 424(2)(i) requires an election expenses return for each by-election during the fiscal period.

[21] Pursuant to s. 426(1), an auditor must examine the political party's financial transactions return in accordance with GAAS and provide an opinion as to whether the return presents fairly the information contained in the party's financial records. Section 426(2) requires the auditor to include any statement considered necessary if the financial transactions return does not present fairly and in accordance with GAAP the information in the financial records on which it is based. Notably, there was a reference to GAAP in s. 426(1) that was removed at the same time as that in s. 430(1); however, the reference to GAAP in s. 426(2) was retained.

Corrections of returns

[22] A chief agent may apply to the CEO to correct a financial transactions return or an election expenses return under s. 433(1)(b). The CEO may authorize the correction under s. 433(3) of the *Elections Act*, based on, among other reasons, an honest mistake of fact.

[23] If the CEO rejects an application to correct a general election expenses return, s. 434 of the Act permits the registered party to apply to a judge for an order authorizing the correction. Section 434(3)(c) provides that the judge may not grant the order sought unless satisfied that the application was brought due to one of the factors in s. 433(3), including an honest mistake of fact.

Public funding of political parties under the *Elections Act*

[24] Another important aspect of the *Elections Act* is that it provides for government subsidies to registered political parties. For example, under s. 435 of the Act, a registered

political party may qualify for a reimbursement of 50% of its paid election expenses as stated on the general election expenses return, if certain criteria are met. This reimbursement rate was increased from 22.5%, as of January 1, 2004, with an exceptional rate of 60% reimbursement set for the first general election following January 1, 2004.

[25] Registered political parties that obtain a sufficient number of votes in a general election also receive public funding under s. 435.01 of the *Elections Act*. This funding, which commenced as of January 1, 2004, is provided on a quarterly basis, based on the number of votes cast in the party's favour during the most recent general election.

[26] As a result of these subsidies, some political parties receive a substantial portion of their total revenue from government funding, which, as explained below, is significant for GST purposes. I now turn to the second piece of important legislation on this appeal – the *Excise Tax Act*.

2. The Excise Tax Act

[27] Under the current *Excise Tax Act* regime, tax relief is available to organizations that meet the definition of a “qualifying non-profit organization” (“QNPO”). Pursuant to s. 259, a QNPO is eligible to receive a rebate of 50% of the GST that it has paid on the acquisition of taxable supplies. A registered political party may qualify as a QNPO and become eligible for GST relief if its income from governmental sources constitutes at least 40% of its total income for that year.

[28] The increases in government subsidies to registered political parties, added in the 2003 amendments to the *Elections Act* and effective as of January 1, 2004, have allowed some registered political parties to qualify for GST rebates under s. 259 of the *Excise Tax Act*. Not all registered political parties qualify as QNPOs, however, as qualification depends on the amount of public funding a party receives compared to its private funding. Parties may qualify and cease to qualify over time depending on their electoral performance and the amount of money they raise from private donations in any given year.

[29] Generally, registered parties that qualify for quarterly payments under s. 435.01 of the *Elections Act* will meet the requirements for QNPO status. Each of the five largest registered parties in Canada (the Party, the Liberal Party, the New Democratic Party, the Bloc Québécois, and the Green Party) presently qualifies for quarterly payments and had 50% of its paid election expenses from the last general election reimbursed.¹

[30] While that is the current system, it is also important to understand the prior rules governing political parties under the *Excise Tax Act* for purposes of this appeal. As part of its argument, the Fund relies on a position taken by the CEO concerning the former rules.

¹ Elections Canada, “Quarterly Allowances to the Registered Political Parties (2010)” (4 October 2010), online: EC <www.elections.ca/content.aspx?section=pol&document=qua2010&dir=pol/qua&lang=e>; Elections Canada, “Total Paid Election Expenses and Reimbursements, by Registered Political Party – 2008 General Election” (10 September 2009), online: EC <www.elections.ca/content.aspx?section=fin&dir=pol/remb&document=table1_08&lang=e>.

[31] Prior to amendments to the *Excise Tax Act* that came into effect in 1997, political parties had an option to treat their activities as similar in nature to a business engaged in the production of taxable supplies. A political party that opted for this treatment would collect GST on the sale of party memberships, just as a business would collect GST on the sale of taxable supplies. Like a business, the political party would then be entitled to claim an income tax credit (“ITC”) for any tax paid on the goods and services purchased by the party that could be related to taxable supplies – for the political party, ITCs are the mechanism by which the ultimate burden for GST is placed on the final consumer of the goods and services. By allowing intermediaries along the supply and production chain to offset their tax paid on their inputs against the tax they collect from their customers, a cascade of tax is avoided.

[32] In the context of this ITC regime, the CEO took the position in a letter dated May 29, 1996, to legal counsel for the Progressive Conservative Party of Canada, that the P.C. Party’s election expenses returns should be retroactively adjusted to reflect expenses net of the GST recovered through ITCs, and that the P.C. Party’s reimbursement under the *Elections Act* would be correspondingly adjusted to reflect the lower expenses.

[33] Subsequent to this letter, amendments to the *Excise Tax Act* came into effect in 1997. These amendments added the “supply of a membership in a registered party” to the list of exempt supplies under the *Excise Tax Act*. Accordingly, registered political parties could no longer be considered to be providing “taxable supplies”, so they could no longer claim ITCs in respect of the GST paid on any purchases.

[34] In summary, the ITC regime no longer applies to registered political parties. However, under the current regime, political parties that qualify as QNPOs receive a partial rebate of their GST.

III. THE FACTS

[35] The following is a summary of the underlying facts, none of which is in dispute.

[36] As required by s. 429 of the *Elections Act*, the Fund provided the CEO with the Party's general election expenses returns in respect of the June 2004 and January 2006 elections.

[37] In accordance with these returns, under s. 435 of the *Act*, the Party qualified for and received from the Consolidated Revenue Fund a reimbursement of 60% of its election expenses as stated on its return for the June 2004 election, and 50% of its expenses for the January 2006 election. These expenses included an amount that the Party had paid in GST for the goods and services relating to the two elections.

[38] From 2005 to 2007, the Party was in discussion with the Canada Revenue Agency regarding its eligibility as a QNPO. In March 2007, the Party was advised that it did qualify and that the decision was retroactive to January 2004. As a result, in April 2008, the Party received a rebate of 50% of the GST it paid from January 2004 to January 2007. This rebate included 50% of the GST that the Party paid in relation to taxable goods and services associated with the general elections held in June 2004 and January 2006.

[39] The Fund then took the position that the Party’s general election expenses returns for these two elections overstated its expenses by the amount of the GST rebate and, as a result, the Party had received a government subsidy for its election expenses to which it was not entitled.

[40] Accordingly, by letter dated June 26, 2008, the Fund sought authorization from the CEO, pursuant to s. 433(1)(b) of the *Elections Act*, to amend its election expenses returns to reflect the reduction in its expenses by the amount of the GST rebate. The proposed basis for the correction was an honest mistake of fact (s. 433(3)(c)), in that the Fund did not know when it submitted its election expenses returns that the Party was a QNPO, eligible for a GST rebate under the *Excise Tax Act*. The Fund attached “corrected” election expenses returns for the 2004 and 2006 general elections, reflecting a reduction in election expenses due to the GST rebates. The Fund proposed, upon confirmation of their acceptance by the CEO, to repay to the Receiver General for Canada the amount that it believed it was overpaid under s. 435 of the *Elections Act*.

[41] On December 2, 2008, the CEO advised by letter that he would not authorize the Fund’s requested correction. The basis for the refusal was that the GST rebate had no effect on the reporting of election expenses.

[42] Shortly thereafter, the CEO issued a memorandum regarding the use of GST/HST rebates in which he advised all registered political parties of his position in this regard.

[43] Notwithstanding the CEO’s December 2 letter, the Fund once again submitted “corrected” general election expenses returns for the 2004 and 2006 general elections to the CEO by letter dated June 30, 2009, and requested a reconsideration of the CEO’s position. By letter dated July 29, 2009, the CEO rejected the Fund’s request to correct its returns.

[44] On August 12, 2009, the Fund commenced an application in the Superior Court, pursuant to s. 434(1)(b) of the *Elections Act*, for an order authorizing the proposed corrections. If it were so authorized, it planned to reimburse the Receiver General for Canada for the overpayment.

IV. THE APPLICATION JUDGE’S REASONS

[45] The application judge identified the issue as being whether the Fund is entitled to an order correcting the two general election expenses returns to reflect a reduction in expenses by the amount of the GST rebate.

[46] He attributed no significance to the retroactive nature of the payment that triggered the Fund’s request for a correction. While the issue had arisen in the context of retroactive payments, it had to be “approached as a matter of interpretation on the basis that the issue applies on a going-forward basis to future elections, also having retrospective effect because the [Fund] did not know that it was a QNPO as of the original date of filing of the general election expenses returns for the 2004 and 2006 general elections.”

[47] The application judge gave four reasons for his conclusion that the *Elections Act* requires that a political party report its expenses in its general election expenses return in accordance with GAAP and therefore net of any GST rebate. He did so by setting out the four principal arguments advanced by the CEO and rejecting each of them in turn.

[48] First, following a three-stage analysis, he rejected the CEO's argument that nothing in the *Elections Act* expressly requires or permits the deduction of a GST rebate from the general election expenses reported under s. 429. He determined that the plain reading of the applicable provisions in the *Elections Act* supports the conclusion that election expenses reported on general election expenses returns be reported in accordance with GAAP:

(1) Section 424 requires an annual filing of a financial transactions return that sets out the party's assets, liabilities, revenues and expenses for each fiscal year, all in accordance with GAAP. Section 426(2)(a) requires an auditor reviewing the return to include a statement if, in his or her opinion, the return does not present the information from the party's financial records in accordance with GAAP.

Therefore, financial transactions returns must be prepared in accordance with GAAP;

(2) Since by-election expenses are included in the total expenses reported in the financial transactions return for the year in which they are incurred, they must be reported in accordance with GAAP in the financial transactions return. Section

424 requires a separate by-election expenses return to be filed for any by-election during the fiscal year. In the absence of any indication to the contrary in s. 424, by-election expenses returns must also be reported in accordance with GAAP, to the extent that GAAP applies to such expenses. There is no basis for presenting general election expenses differently than by-election expenses, so it follows that general election expenses also have to be reported in accordance with GAAP. This conclusion is reinforced by the fact that an auditor's report is required in respect of both financial transactions returns and general election expenses returns. While s. 430 does not contain language similar to s. 426, which explicitly requires the auditor to opine on whether the presentation of the financial information accords with GAAP, this does not mean that a general election expenses return ought not to be prepared in accordance with GAAP. The imposition of a separate requirement of an audit opinion for general election expenses other than in accordance with GAAP would impose an unnecessary cost on political parties; and

(3) Similarly, if general election expenses were to be reported in the general election expenses return in a manner other than in accordance with GAAP, a political party would be required to maintain two sets of books in respect of the same financial information: one for the financial transactions return (in accordance with GAAP) and one for the general election expenses return (on a different basis of accounting).

[49] The application judge proceeded from his conclusion that election expenses had to be reported in accordance with GAAP to find that they had to be reported net of recoverable GST.

[50] Second, he rejected the CEO's position that there was a policy distinction in the *Excise Tax Act* between the ITC regime and the GST rebate provisions that would justify treating the former as a reduction of GST and the latter as a form of subsidy. Therefore, he agreed with the Fund that the CEO's position in the 1996 letter, that election expenses returns should reflect expenses net of the GST recovered through ITCs, was also applicable under the QNPO system.

[51] Third, the application judge rejected the CEO's argument that the Fund's position would create a lack of harmony between the *Elections Act* and the *Excise Tax Act*. While accepting the Fund's position that GST rebates should be reflected on election expenses returns would require a correction of the Party's previously filed returns, the *Elections Act* specifically contemplates and provides for filings to be corrected, and accrual accounting should remove the need to file correcting returns after the receipt of any future GST rebate.

[52] The application judge acknowledged the theoretical possibility of the “endless paradoxical loop” suggested by the CEO, in which a party would lose QNPO status at the end of a year due to the receipt of a GST rebate under the *Excise Tax Act* and the corresponding reduction in election expenses reimbursement under the *Elections Act*,

which could reduce the party's government funding to below 40 per cent. However, he downplayed the possibility of such an occurrence and held that to the extent there was any disharmony between the two statutes for these or other imaginable practical reasons, this lack of harmony could not be used to infer Parliament's intention to treat GST rebates in the manner proposed by the CEO.

[53] Finally, while the application judge agreed that the Fund's interpretation of the Act benefits political parties that are QNPOs by essentially increasing the otherwise applicable spending limits by the amount of the GST rebate, he held that this did not evidence Parliament's intention that election expenses be treated in accordance with the CEO's position. First, he concluded that while the policy of creating a level playing field for political parties is an important objective of the *Elections Act*, the Act does not invariably give supremacy to that policy. Second, the CEO's position would allow a political party that qualified as a QNPO to be unjustly enriched by receiving both a 50% GST rebate under the *Excise Tax Act* and a reimbursement of 50% of its GST expenses under the *Elections Act*.

[54] On the basis of the application judge's conclusion that general election expenses had to be reported net of GST rebates, he held that the Fund was entitled to an order under s. 434(1)(b) of the Act allowing the proposed corrections to the Party's general election expenses returns for the 2004 and 2006 general elections.

V. ISSUE

[55] There is only one issue and that is whether the Fund's proposed corrections to the Party's election expenses returns for the 2004 and 2006 general elections should be authorized.

VI. THE POSITIONS OF THE PARTIES

[56] The parties agree that the issue of whether or not general election expenses have to be reported in accordance with GAAP is pivotal to the resolution of the dispute over whether the GST rebate required the proposed corrections to the Party's election expenses returns.

1. The CEO's position

[57] The CEO submits that the application judge erred in all four of the reasons he gave for concluding that the *Elections Act* requires that general election expenses must be reported in accordance with GAAP and thus net of GST rebates.

[58] First, the CEO argues that the plain wording of the Act does not support that conclusion. Moreover, when other principles of statutory interpretation are applied, it is clear that the legislative drafters deliberately omitted a GAAP reporting requirement for general election expenses returns. For example, the CEO points to the legislative history of the removal of the GAAP reporting requirement from the auditor's report in s. 430, as outlined above.

[59] Second, the CEO submits that the application judge erred in failing to recognize that GST rebates are intended as subsidies and therefore there is an important policy distinction between GST rebates and ITCs, which are simply a mechanism to administer the GST regime. The CEO therefore contends that the position taken by his predecessor in the May 1996 letter, requiring adjustment of election expenses returns to reflect ITCs, does not apply to the present situation.

[60] Third, the CEO submits that the application judge erred in failing to recognize that his interpretation creates a lack of harmony between the two statutes, as a subsidy provided to a QNPO under the *Excise Tax Act* would result in government funding provided under the *Elections Act* having to be returned.

[61] Fourth, the CEO submits that the application judge erred in failing to recognize that Parliament has deliberately chosen an approach to levelling the playing field among political parties that focuses more on limiting how much registered political parties can spend during an election cycle than on how much they receive by way of government subsidy. Moreover, according to the CEO, the Act requires all expenses, including the full amount of the GST, to be reported at “commercial value”, ensuring that expenses are reported equally by all parties. The CEO argues that the application judge’s interpretation, which allows some parties to report election expenses other than at commercial value, undermines Parliament’s intention to promote the egalitarian model of elections.

2. The Fund's position

[62] The Fund supports the application judge's conclusion that both the wording of the *Elections Act* and public policy considerations make it clear that election expenses must be reported in accordance with GAAP, and therefore net of any GST rebate, in an election expenses return. The Fund also supports the application judge's reasoning leading to that conclusion.

[63] In response to the CEO's submission on legislative history, the Fund notes that the same change that was made to s. 430(1) was also made to s. 426(1), in relation to financial transactions returns. The Fund argues therefore that the significance the CEO attributes to the change to s. 430 does not assist its argument. The Fund contends that this change was not because GAAP does not apply with respect to election expenses returns, but rather because it cannot apply to non-monetary donations, a feature of election expenses that is not relevant in the financial transactions return.

[64] The Fund submits that the ordinary meaning of the provisions of the Act makes it clear that election expenses should be reported net of GST rebates in a general election expenses return. The Fund notes that s. 429 requires an election expenses return to set out expenses "incurred" by a registered party and argues that GST that is initially paid but subsequently rebated is not an expense that has been "incurred". The Fund also points to s. 435 of the Act, which provides for the reimbursement of 50% of "paid"

election expenses, and argues that if GST rebates are ignored in the election expenses return, a party will be reimbursed for GST that was not in fact “paid”.

[65] The Fund also submits that the application judge was correct in determining that there is no meaningful policy distinction between ITCs and GST rebates for QNPOs; the economic result is the same under either regime, with the GST initially paid rebated back to a registered party.

[66] In response to the CEO’s policy arguments, the Fund submits that Parliament deliberately contributed toward an uneven playing field in the *Elections Act* by providing unequal public funding of parties, depending on their electoral success. Further, the small spending advantage given to QNPO parties under the Fund’s interpretation would not enable these parties to control the electoral process or overwhelm the voices of non-QNPO registered parties.

VII. ANALYSIS

[67] At the heart of this conflict is an issue of statutory interpretation.

[68] According to the well-known case of *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, the analysis must focus on the words of the relevant statutory provisions, read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense and interpreted harmoniously with the scheme and the object of the legislation and with Parliament’s intention.

1. Does the wording of the *Elections Act* specify how general election expenses must be reported?

[69] The words in issue are the words in s. 429 of the Act that set out the general election expenses reporting requirements of political parties:

429. (1) For a general election, the chief agent of a registered party shall provide the Chief Electoral Officer with

- (a) an election expenses return on the registered party's general election expenses in the general election that substantially is in the prescribed form;
- (b) the auditor's report referred to in subsection 430(1) on that return; and
- (c) a declaration by the chief agent concerning those election expenses, in the prescribed form.

(2) An election expenses return must set out as an election expense each of

- (a) the expenses incurred by the registered party, whether paid or unpaid; and
- (b) the non-monetary contributions used by the registered party.

[70] For the following reasons, I do not agree with the application judge that, based on the plain meaning of the wording of the *Elections Act*, election expenses reported under s. 429 of the Act must be presented in accordance with GAAP and therefore net of any GST rebates received under s. 259 of the *Excise Tax Act*.

[71] I start with the observation that the *Elections Act* contains no specific wording that provides that general election expenses be reported in accordance with GAAP. Rather, s. 430 of the Act, which sets out the basis upon which the party's auditor should evaluate

the party's reporting of election expenses as required under s. 429, specifies that they be reported "fairly":

430. (1) As soon as practicable after a general election, the auditor of a registered party shall report to its chief agent on its return on general election expenses and shall make any examination in accordance with generally accepted auditing standards that will enable the auditor to give an opinion in the report as to *whether the return presents fairly the information contained in the financial records on which the return is based.*

(2) *An auditor shall include in the report under subsection (1) any statement the auditor considers necessary if*

(a) the return that is the subject of the report does not present fairly the information contained in the financial records on which the return is based[.] [Emphasis added.]

[72] The significance of the omission of any reference to GAAP in the general election expenses reporting requirements is augmented by the fact that the drafters of the *Elections Act* did expressly identify certain financial information as having to be presented in accordance with GAAP.

[73] I refer to the fact that only two of the eleven components of the financial transactions return in s. 424(2), that is, the statement of the party's assets and liabilities and the statement of revenues and expenses, are explicitly required to be in accordance with GAAP. It is notable that the reporting requirements associated with by-elections found in s. 424(2)(i) make no reference to GAAP:

424 (2) A financial transactions return must set out

(a) the total contributions received by the registered party and the number of contributors;

...

(f) a statement of the registered party's assets and liabilities and any surplus or deficit *in accordance with generally accepted accounting principles*...;

(g) a statement of the registered party's revenues and expenses *in accordance with generally accepted accounting principles*;

...

(i) a return for election expenses incurred for each by-election during the fiscal period that sets out

(i) expenses incurred by the registered party, whether paid or unpaid, and

(ii) non-monetary contributions used by it[.]
[Emphasis added].

[74] Further, it is also significant that s. 430(2)(a), which is set out above, makes no reference to an auditor's having to indicate if the return does not present the information contained in the financial records in accordance with GAAP. In contrast, its parallel provision, s. 426(2)(a), dealing with the requirements of an auditor's report concerning a registered political party's annual financial transactions return, specifically requires an auditor to report if the financial information is not presented in accordance with GAAP:

426. (1) The auditor of a registered party shall report to the party's chief agent on the financial transactions return of the party and shall make any examination in accordance with generally accepted auditing standards that will enable the auditor to give an opinion in the report as to whether the return presents fairly the information contained in the financial records on which the return is based.

(2) *An auditor shall include in the report under subsection (1) any statement the auditor considers necessary if*

(a) the financial transactions return that is the subject of the report does not present fairly and in accordance with generally accepted accounting principles the information contained in the financial records on which it is based[.] [Emphasis added].

[75] Moreover, as the CEO points out, some significance must be attached to the 2003 amendments to the *Elections Act* that changed s. 430(1) to remove the requirement that the auditor make an inquiry in accordance with GAAP. As noted above, while both s. 426(1) and s. 430(1) were similarly amended to remove this requirement, it is significant that this change left no further reference to GAAP in s. 430, whereas s. 426(2) still refers to GAAP.

[76] These observations engage the statutory interpretation principle of implied exclusion. Professor Sullivan explains that the implied exclusion argument lies whenever there is reason to believe that if the legislature had meant to include a particular thing within the ambit of its legislation, it would have referred to that thing expressly: Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham: LexisNexis, 2008), at p. 244.

[77] In other words, deliberate legislative exclusion can be implied when an express reference might have been expected but is absent.

[78] The application of this rule makes it difficult to accept the application judge's conclusion that the wording of the *Elections Act* indicates Parliament's intention that

general election expenses be reported in accordance with GAAP, in the light of the fact that the drafters of the *Elections Act* did not so specify.

[79] I also reject the Fund's submissions that the ordinary meaning of the words "incurred" in s. 429 and "paid" in s. 435 makes it clear that election expenses returns should report election expenses net of any GST rebates. Whether or not GST is later rebated to a registered party under the *Excise Tax Act*, GST is an expense that was "incurred" and "paid" by the party at the time of the purchase of taxable goods or services. I do not find these words helpful to the interpretation process.

2. The legislative intent

[80] I have concluded that the wording of the *Elections Act* does not specifically require that general election expenses returns have to be reported in accordance with GAAP and net of any GST rebates. However, this conclusion, standing alone, is not a sufficient basis upon which to interpret the Act.

[81] As outlined above, in *Re Rizzo* at para. 21, Iacobucci J. approved the modern principles of statutory interpretation as set out by Elmer Driedger in *Construction of Statutes*, 2d ed., (Toronto: Butterworths, 1983) and directed that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone.

[82] Significant weight is attached to the importance of interpreting legislation in a manner that is in keeping with the object of the legislation and with Parliament's intention. In *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed., Professor Sullivan

provides helpful assistance with the task of statutory interpretation in terms of the relationship between the wording of the statute and the significance of Parliament's intention. After citing a passage from *McBratney v. McBratney*, [1919] 59 S.C.R. 550, at p. 561, she states at p. 281:

In this passage Duff C.J. asserts two principles that govern judicial reliance on purpose in interpretation.

- (1) If the ordinary meaning of legislation is ambiguous, the interpretation that best accords with the purpose of the legislation should be adopted.
- (2) If the ordinary meaning is clear, but an alternative interpretation is plausible and more in keeping with the purpose, the interpretation that best accords with the purpose of the legislation should be adopted.

These principles are often expressed in negative form: *an interpretation that would tend to frustrate or defeat the legislature's purpose should be rejected if there is a plausible alternative.* [Emphasis added.]

[83] In terms of the legislative intent of the *Elections Act*, there is no debate over the fact that Parliament has adopted what I have previously referred to as an egalitarian model of elections as an essential component of our democracy. The basic premise of this model is that each citizen should have an equal opportunity to participate in the electoral process. This objective has been discussed by the Supreme Court in two recent cases - *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 72, and *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, at paras. 101-102.

Figueroa

[84] At issue in *Figueroa* was whether the *Elections Act* requirement that a political party nominate candidates in at least 50 ridings in order to receive and retain registered party status, and the benefits incident to that status, interfered with the capacity of individual citizens to play a meaningful role in the electoral process.

[85] In his analysis, Iacobucci J. at paras. 28-29 described the importance of the electoral process as “the primary means by which the average citizen participates in the open debate that animates the determination of social policy.” He identified that the right to vote allows each citizen to express support for the ideas of a candidate or party and “full political debate ensures that ours is an open society with the benefit of a broad range of ideas and opinions”.

[86] Full debate cannot happen, said Iacobucci J., when some voices are artificially amplified. The absence of a level playing field means that ideas or opinions of some Canadians are at an evident disadvantage even as a matter of public expression. He noted at para. 49:

Owing to the competitive nature of the electoral process, the capacity of one citizen to participate in the electoral process is closely connected to the capacity of other citizens to participate in the electoral process. The reason for this is that there is only so much space for political discourse; if one person “yells” or occupies a disproportionate amount of space in the marketplace for ideas, it becomes increasingly difficult for other persons to participate in that discourse. It is possible, in other words, that the voices of certain citizens will be drowned out by the voices of those with a greater

capacity to communicate their ideas and opinions to the general public.

[87] Specifically relevant for the purposes of this analysis is Iacobucci J.’s emphasis on the importance of promoting equality in the political discourse through election financing. At para. 72 he explained:

The systems and regulations that govern the process by which governments are formed should not be easily compromised. Electoral financing is an integral component of that process, and thus it is of great importance that the integrity of the electoral financing regime be preserved.

Harper

[88] The importance of promoting equality in the political forum through election financing was both reinforced and amplified by the Supreme Court in *Harper*. The action was commenced by Mr. Harper to challenge the new third party spending limits and related provisions in the *Elections Act* under ss. 2(b), 2(d) and 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[89] At its core, *Harper* involved the freedom of third parties to freely express their political views and the limits that Parliament may put on this expression in the interests of a fair political discourse – in other words, the interaction between competing *Charter* interests.

[90] In its analysis, the Supreme Court noted that the overarching objective of election spending limits was electoral fairness, achieved in that case by limiting the election advertising of third parties who are influential participants in the electoral discourse.

While the limits on third party spending were found to violate s. 2(b) of the *Charter*, they were justified under s. 1. The Supreme Court noted at para. 72 that in the absence of spending limits, it would be possible for the affluent or a number of people pooling their resources to dominate the political discourse and deprive their opponents of a reasonable opportunity to be heard.

[91] The Supreme Court explained that while a level playing field could be achieved in two ways – namely, by ensuring resources are equally accessible to all, or by placing limits on the ability to spend – Parliament had chosen to rely on the latter. At para. 62, Bastarache J. said:

The Court's conception of electoral fairness ... is consistent with the egalitarian model of elections adopted by Parliament as an essential component of our democratic society. This model is premised on the notion that individuals should have an equal opportunity to participate in the electoral process. Under this model, wealth is the main obstacle to equal participation.... Thus, the egalitarian model promotes an electoral process that requires the wealthy to be prevented from controlling the electoral process to the detriment of others with less economic power. The state can equalize participation in the electoral process in two ways.... First, the State can provide a voice to those who might otherwise not be heard. The Act does so by reimbursing candidates and political parties and by providing broadcast time to political parties. *Second, the State can restrict the voices which dominate the political discourse so that others may be heard as well. In Canada, electoral regulation has focussed on the latter by regulating electoral spending through comprehensive election finance provisions. These provisions seek to create a level playing field for those who wish to engage in the electoral discourse.* This, in turn, enables voters to be better informed; no one voice is overwhelmed by another. [Emphasis added and citations omitted.]

[92] This conclusion regarding the importance and effectiveness of spending limits in promoting a level political playing field was also arrived at in the report of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing, *Reforming Electoral Democracy*, vol. 1 (Ottawa: Communication Group, 1991), which states at p. 336:

[S]pending limits during election campaigns constitute a significant instrument for promoting fairness in the electoral process. They reduce the potential advantage of those with access to significant financial resources and thus help foster a reasonable balance in debate during elections. They also encourage access to the election process. This adds meaning to the fundamental right of candidacy by enhancing the opportunity for a more representative House of Commons. Finally, spending limits (as designed in our electoral law) help achieve these democratic objectives without diminishing electoral competition.

[93] For the purposes of the analysis in this case, what can be gleaned from *Figueroa*, and in particular *Harper*, is not only Parliament's adoption of the egalitarian model of elections, but also that spending limits are the primary instrument used to promote this objective.

The impact of the egalitarian model on this analysis

[94] Here, the question is whether the CEO's or the Fund's position on this appeal is more consistent with the egalitarian model.

[95] The CEO's position has the effect of allowing the Party to retain its GST rebate under the *Excise Tax Act* and the refund from the government under the *Elections Act*, even though there is some overlap in these rebates. In particular, the Party was

reimbursed under the *Elections Act* for a percentage of the GST incurred on its expenses for the 2004 and 2006 elections. The Party was subsequently rebated 50% of this same GST under the *Excise Tax Act*.

[96] As previously mentioned, the Fund's position has the effect of increasing the amount the Party can spend on general elections before reaching the cap. If GST rebates received under the *Excise Tax Act* are deducted from reportable expenses on general election expenses returns under the *Elections Act*, this deduction would reduce the total reported expenses and free up space under the Party's spending cap for further expenditures. This would effectively increase the Party's spending limit on general elections not only for these two elections but for any future general elections for which it had QNPO status.

[97] Each side relies on what it submits are the negative policy implications of the other's position to support its argument that the drafters of the legislation, deemed to be aware of the *Excise Tax Act* and the consequences of its intersection with the *Elections Act*, could not have intended such a result. I refer to the principle of statutory interpretation that it is presumed that the entire body of legislation enacted by a legislature does not contain contradictions or inconsistencies, but rather that the provisions are meant to work together to form a rational, coherent whole: *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed., at p. 325.

[98] The problem here is that no matter which of the two interpretations is accepted, Parliament's intent to maintain a level political playing field is affected by the Party's having the benefit of either increased funds available to it or an increased spending limit. However, as I have previously indicated, while an increase in the amount of money in the bank is helpful to a political party's ability to communicate its message and views to the public, in terms of the promotion of a level political playing field, an increase in the party's ability to spend during an election campaign is substantially more significant.

[99] The important role that spending limits play in the promotion of Canada's electoral equilibrium leads to two interconnected conclusions that demonstrate that the application judge's interpretation of the Act's reporting requirements in terms of general election expenses is in error.

[100] First, I disagree with the application judge's conclusion at para. 75 that the provisions in the *Elections Act* that provide for different levels of government subsidy for political parties with differing levels of electoral support provide evidence that the *Elections Act* "does not always give supremacy to the policy of a 'level playing field' among political parties." These provisions do not indicate Parliament's acceptance of an uneven political playing field. Parliament's objective of promoting the egalitarian model of elections is made obvious through the spending limitations imposed during general elections.

[101] Second, interpreting the *Elections Act* in accordance with the CEO’s position – that election expenses are not to be reported in accordance with GAAP – is the interpretation that is harmonious with the scheme and the object of the Act and with Parliament’s intention.

Other issues relied upon by the application judge as contradicting Parliament’s intent

[102] Finally, the application judge held that the CEO’s position creates a number of practical consequences that must be taken as contradicting Parliament’s intention that election expenses be reported in accordance with GAAP.

[103] The principle of statutory interpretation that is engaged in this part of the analysis is set out, once again, in *Re Rizzo*, where Iacobucci J. wrote at para. 27 that “[i]t is a well established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce absurd consequences.”

[104] In *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, Gonthier J. expressed the principle as follows at para. 65: “Since it may be presumed that the legislature does not intend unjust or inequitable results to flow from its enactments, judicial interpretations should be adopted which avoid such results.”

[105] I am not persuaded that the CEO’s position produces “absurd consequences” or “unjust or inequitable results”.

[106] The Fund contends that the resultant different reporting requirements for annual financial transactions returns and general election expenses returns would unduly affect the maintenance of a political party's books and the complexity of the required audits.

[107] I disagree. There was no evidence before the application judge of any actual problems that would be experienced by parties' being required, in their financial reporting, to adjust for GAAP treatment, where appropriate. Further, while it is true that the auditor will have to present reports for audits of financial transactions returns and election expenses returns using different accounting principles, this is a standard requirement when an organization must, by statute or otherwise, report its financial information under different principles for different purposes.

[108] The Fund also argued that the CEO's interpretation would create a lacuna within the operation of the *Elections Act* in the sense that the auditors would be left with no standard by which to report on general election expenses returns. The simple answer to this concern is that the legislation itself contains the reporting standard. Section 430(1) of the Act requires general election expenses to be reported in a manner that "presents fairly the information contained in the financial records on which the return is based." There is no evidence that this stated manner of reporting is in any way problematic.

[109] Finally, as previously indicated, I disagree with the application judge's finding that there was no meaningful policy distinction in the *Excise Tax Act* between the ITC regime and the GST rebate provisions in respect of QNPOs that would justify treating

GST rebates differently than ITCs. The ITC regime provides for reimbursement of the GST paid on purchases of goods and services used in the course of doing business. In contrast, the s. 259 rebate under the *Excise Tax Act* is a subsidy provided to a particular group of organizations that receive a substantial amount of their funding from the government. It is given in recognition of their public service performance.² The two serve different purposes to advance different policies.

[110] In summary, the practical problems the application judge identified as supporting his interpretation of the legislation over that proposed by the CEO are not, in my view, problems at all. Certainly, they do not undermine my conclusion that Parliament intended that a political party's election expenses are not to be reported in accordance with GAAP.

[111] While the interpretation I have arrived at does result in the Party's being able to keep the GST rebate under the *Excise Tax Act* and the reimbursement under the *Elections Act*, that result does little if any disservice to the legislative intent of the *Elections Act*. I say this because this interpretation maintains the equality of spending limits - the primary instrument used by Parliament to protect the level political playing field.

VIII. CONCLUSION

[112] I therefore conclude that the relevant provisions of the *Elections Act* do not require that general election expenses be reported in accordance with GAAP. This conclusion is

² Department of Finance, News Release, TM1289, "Goods and Services Tax" (19 December 1989).

in keeping with the clear wording of the Act. Moreover, it is in keeping with the egalitarian model of elections adopted by Parliament as an essential component of our democratic society.

[113] It follows that for the purposes of general election expenses returns, expenses do not have to be reported net of GST rebates. The Fund's returns for the 2004 and the 2006 general elections require no correction.

IX. DISPOSITION

[114] For the above reasons, I would allow the appeal and deny the Fund's application for authorization to correct its general election expenses returns for the general elections in 2004 and 2006.

[115] If the parties are unable to resolve the issue of costs before this Court and before the application judge, they may make brief written submissions within 30 days.

RELEASED:

“DEC 21 2010”
“JS”

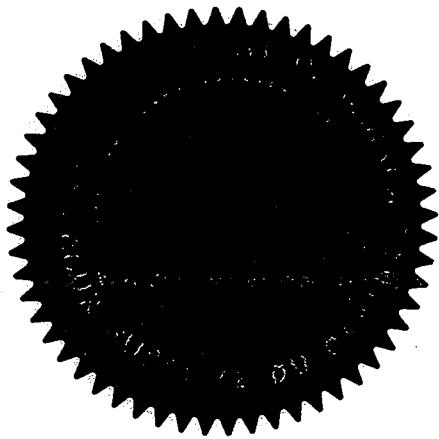
“G. J. Epstein J.A.”
“I agree Janet Simmons J.A.”
“I agree H. S. LaForme J.A.”

11 129 032

Supreme Court of Canada



Cour suprême du Canada



No. 34097

May 5, 2011

Le 5 mai 2011

Coram: Binnie, Fish and Rothstein JJ.

Coram : Les juges Binnie, Fish et Rothstein

BETWEEN:

Conservative Fund Canada

Applicant

- and -

Chief Electoral Officer of Canada

Respondent

ENTRE :

Fonds Conservateur du Canada

Demandeur

- et -

Directeur général des élections du Canada

Intimé

JUDGMENT

The motion to expedite the application for leave to appeal is granted. The application for leave to appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario, Number C51593, 2010 ONCA 882, dated December 21, 2010, is dismissed with costs.

JUGEMENT

La requête visant le traitement accéléré de la demande d'autorisation d'appel est accordée. La demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, numéro C51593, 2010 ONCA 882, daté du 21 décembre 2010, est rejetée avec dépens.

John F. Avis
J.S.C.C.
J.C.S.C.

Tab 10

Court of Queen's Bench of Alberta

Citation: Gift Lake Métis Settlement v Alberta (Aboriginal Relations), 2015 ABQB 654

Date: 20151015
Docket: 1503 07512
Registry: Edmonton

Between:

**Gift Lake Métis Settlement, Gift Lake Métis Settlement Council
and Dave Lamouche, Norman Laderoute, Mildred Lamouche,
Vern Cunningham, Dean Cunningham Sr., Edith Cunningham**

Applicants

- and -

**Minister of Aboriginal Relations, Registrar of the Métis Settlements Land Registry,
Attorney General of Alberta, Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development
Canada, Registrar of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada
and Attorney General of Canada**

Respondents

- and -

Kikino Métis Settlement, East Prairie, Elizabeth, and Peavine Métis Settlements

Intervenors

**Memorandum of Decision
of the
Honourable Madam Justice B.A. Browne**

I. Introduction

[1] The Applicants, Gift Lake Métis Settlement, Gift Lake Métis Settlement Council, its Chairperson, Dave Lamouche, and five individual claimants, Norman Laderoute, Mildred Lamouche, Vern Cunningham, Dean Cunningham Sr., and Edith Cunningham (the “Applicants”) challenged the constitutional validity of the inability to remove one’s name from the Federal Indian registry, as well as the *vires* of ss 75 and 90 of the *Métis Settlement Act*, RSA 2000, c M-14 [MSA]. That application names as Respondents the Minister of Aboriginal Relations, the Registrar of the Métis Settlements Land Registry (the Provincial Registrar), Attorney General of Alberta (collectively, the “Provincial Respondents”) and the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, Registrar of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada and Attorney General of Canada (collectively, the Federal Respondents).

[2] Pending a decision on the merits of that application, the Applicants seek to enjoin the Provincial Registrar from removing the names of 137 individuals from the Gift Lake Settlement Membership List (the “Membership List”). In the alternative, they ask for a temporary suspension of the operation of ss 75 and 90 of the *MSA* for those individuals. The Applicants also seek an order requiring the responsible Federal authority to temporarily suspend the 137 individuals’ names from appearing on the Indian Registrar.

[3] I granted this relief on June 19, 2015, on an interim basis, pending a full hearing of this interlocutory application and the filing of further evidence.

[4] This decision arises from the full hearing which occurred on August 26, 2015. For the reasons that follow, the application for an interlocutory injunction is denied.

II. Background

[5] Gift Lake Métis Settlement is one of eight Métis settlements established and regulated by the *MSA*. In order to become a member of the settlement, a person must meet the eligibility requirements prescribed in the *MSA*. Under s 75(1), an individual registered as a status Indian under the *Indian Act*, RSC 1985, c I-5, is not eligible for membership on a Métis settlement, unless they meet the requirements of s 75(2) or 75(3.1). In addition, s 90 states that a Métis member automatically terminates his or her settlement membership upon registering as a status Indian.

[6] Under s 96 of the *MSA*, the Minister must keep the Membership List up to date, and this power has been delegated to the Provincial Registrar: *Gauchier v Alberta (Métis Settlement Land Registry)*, 2014 ABCA 356 [*Gauchier*] at para 2.

The Cunningham Decisions

[7] In 2006, members of the Peavine Métis Settlement (“Peavine”) challenged ss 75 and 90 of the *MSA* as violating ss 2(d), 7, and 15 of the *Charter*. The applicants were individuals who were struck from the Peavine membership list due to their status as registered Indians. Shelley J of this court held that the *MSA* did not violate the applicants’ *Charter* rights, and dismissed the application: *Peavine Métis Settlement v Alberta (Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2007 ABQB 517. That decision was rendered on August 14, 2007.

[8] On June 26, 2009, the Court of Appeal reversed Shelley J’s decision, declaring ss 75 and 90 unconstitutional for infringing the applicants’ section 15 *Charter* right. Ritter JA for the Court, further directed the Provincial Registrar to restore the applicants’ names to the Peavine membership list: *Cunningham v Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2009 ABCA 239.

[9] As a result of that decision, ss 75 and 90 of the *MSA* were declared of no force and effect. A suspension of the remedy was denied. Therefore, the law at that time allowed for Métis members to have or acquire Indian status without compromising their Métis membership.

[10] As a consequence, after the Court of Appeal rendered its decision, certain people who were already registered as Indians, applied for Métis settlement membership, believing that it was legal to do so. Similarly, some Métis members applied for Indian status, also believing that doing so would not put risk their continued Métis membership.

[11] However, on July 21st, 2011, the Supreme Court of Canada reversed the Court of Appeal’s decision, and restored the judgment of Shelley J: *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v Cunningham*, 2011 SCC 37 [*Cunningham SCC*]. The court upheld ss 75 and 90 of the *MSA* as an ameliorative program under s. 15(2) of the *Charter*, therefore restoring the prohibition on dual registration as Indian and Métis.

[12] The people who had acquired Indian status or Métis membership in the period after the Court of Appeal decision but before the Supreme Court’s decision (the *Cunningham* Appeal Period), were now in a position where their Métis membership may be compromised due to their dual status.

[13] However, up to that point the Provincial Registrar had taken the position that it would not remove any names from the Métis membership list until it received notice of termination from the Membership Councils. Therefore, those members who might have been terminated by operation of the *MSA* remained on the Membership List unless their Settlement Council sent a notice of termination to the Provincial Registrar.

The Gauchier decisions

[14] The Provincial Registrar’s duty to keep the Membership List up to date was clarified in *Gauchier v Cunningham*, 2013 ABQB 713. In that case, Gates J found that the Provincial Registrar had an obligation to take proactive steps to keep the Membership List current and to remove the names of those whose membership had terminated by virtue of their dual registration as Indians and Métis.

[15] The Provincial Registrar appealed, arguing that he had no obligation to investigate the Indian status of settlement members, unless notice to terminate was first received from the Council. The appeal was dismissed. The Court of Appeal affirmed Gates J’s decision that the

Provincial Registrar had a positive obligation to remove a name from the Membership List when that individual loses membership, independent from the receipt of notices from the Settlement Councils: **Gauchier**.

[16] The Court of Appeal held that “membership in a settlement terminates when a member registers as an Indian under the *Indian Act*” and that the removal of that person’s name from the Membership list was merely administrative: **Gauchier** at para 25.

[17] As a result of this decision, the Provincial Registrar notified and sought to remove 137 individuals from the Gift Lake Membership List on the basis that they are disqualified from membership because of their concurrent registration as status Indians.

[18] Many people on the Gift Lake Settlement who received those notices inquired into removing their names from the Federal Indian Registry so as to ensure that their Métis memberships would not be automatically terminated.

[19] However, the Federal Registrar has taken the position that s 5(3) of the *Indian Act* only gives him the power to remove the names of persons who are “not entitled” to be registered as Indians under s 7 of the *Indian Act*. Therefore, according to him, he does not have the power to remove a name from the Registry simply upon request. Consequently, individuals on the Federal Indian Registry cannot de-register voluntarily as long as they qualify for registration under s 6 of the *Indian Act*.

[20] According to the Applicants, this state of the law results in a fundamental unfairness and a violation of Constitutional rights. It is within this context that they have applied for the interlocutory injunction.

III. Judicial History

Originating Application

[21] Gift Lake filed the originating notice for the Underlying Application on June 5, 2015. In it, the Applicants seek various remedies with respect to the actions of the Federal Indian Registrar, the Provincial Registrar, and the operation of both the *Indian Act* and the *MSA*, including:

- a) A declaration that those individuals who acquired Gift Lake membership between June 26, 2009 and July 21, 2011, irrespective of whether they hold Indian status, are valid members of Gift Lake, and their memberships are not subject to termination by way of sections 75 or 90 of the *MSA*.
- b) A declaration that the application of ss 75 and 90 of the *MSA* to the 137 individuals infringes ss 15, 7, and 2(d) of the Canadian *Charter of Rights and Freedoms*, and/or the unwritten principles of the constitution, including the honour of the Crown and the protection of minorities;
- c) A declaration that the lack of a mechanism for the 137 individuals and others who are similarly situated to remove themselves from the Indian Registrar upon the request of that individual infringes the rights of that individual protected by sections 7, 15, and 2(d) of the Canadian *Charter of Rights and Freedoms*, section 25(2) of the *Constitution Act, 1982*, and/or the unwritten principles of the constitution, including the honour of the Crown and the protection of minorities;
- d) In the alternative to the relief above, a declaration that sections 75, 90 and 91 of the *MSA* are laws in relation to “Indians or Lands reserved for the Indians” and

- therefore outside provincial legislative competence, pursuant to section 91(24) of the *Constitution Act, 1867*;
- e) An order compelling the Federal Registrar to remove any individual member of Gift Lake from the Indian Register upon receipt of a request to that effect by that individual;
 - f) An order prohibiting the Provincial Registrar from removing the names of the 137 individuals and others who are similarly situated from the Settlement Membership List; and
 - g) A declaration that the lack of access to benefits provided to status Indians and Inuits, but not Métis settlement members, including, *inter alia*, non-insured health benefits and payment of fees and expenses associated with post-secondary education is conduct which infringes section 15(1) of the *Charter*, and is not saved by s 1.

Interim Injunction

[22] On June 19, 2015, I heard the interim injunction application on an emergency basis, as the Provincial Registrar had notified the members in question that he was going to remove their names from the Membership List on June 22, 2015.

[23] At that time, only Gift Lake Settlement, Gift Lake Settlement Council and its Chairperson, Dave Lamouche, were the Applicants before the Court. They argued that the imminent removal of 137 names from the Membership List would cause irreparable harm to both the settlement and the affected individuals. Moreover, because the membership list had been out of date for so long, the balance of convenience weighed in favour of maintaining the *status quo*. They therefore asked the Court to enjoin the Provincial Registrar from removing those names.

[24] Both the Federal and Provincial Respondents argued that there was a lack of evidence with respect to the wish of particular individuals who stood to have their names taken off the list. The Provincial Respondents also challenged the Applicant's standing to bring a claim on behalf of those individuals, as they were not parties to the application at that time.

[25] Counsel for Peavine was also present at the hearing, and sought to be added as an intervenor to the proceedings.

[26] I ultimately held that Gift Lake had met the tripartite test for an injunction on an interim basis. The Provincial Registrar was prohibited from removing any names from the Membership List until August 26th, 2015. I also adjourned the intervenor application to a later date.

[27] However, I agreed with the Federal and Provincial respondents that there was a lack of evidence with respect to any irreparable harm to individuals, and therefore asked Gift Lake to provide more evidence in that regard, prior to the full hearing.

Intervenor Status

[28] On August 5th, 2015, Moreau J granted intervenor status for both the injunction and the underlying constitutional challenge to three Métis settlements: Peavine, East Prairie, and Elizabeth. Kikino Métis Settlement ("Kikino") was granted intervenor status to the injunction application only.

Amended Amended Originating Application

[29] On August 11, 2015, an Amended Amended Originating Application was filed, adding Norman Laderoute, Mildred Lamouche, Vern Cunningham, Dean Cunningham Sr. and Edith Cunningham as Applicants. Each new Applicant stands to be removed from the Membership List, and each has filed affidavit evidence. The Federal Registrar of Aboriginal Affairs in Northern Development Canada has also been added as a respondent.

IV. Issues

[30] In this Application, I must determine whether the Applicants have satisfied the tripartite test for an interlocutory injunction set out in *RJR- Macdonald v Canada (Attorney General)*, [1994] 1 SCR 311. Specifically, I must ask whether the Applicants have established:

- a) that there is a serious issue to be tried;
- b) that irreparable harm will ensue, should I refuse to grant the injunction; and
- c) that the balance of convenience weighs in favour of granting the injunction.

V. The Parties' Positions

a) The Applicants

[31] The Applicants submit that each branch of the test has been satisfied.

[32] First, they argue that there are several serious issues to be tried relating to the inability to de-register from the Federal Indian Register. They submit that this inability:

- is discriminatory under s 15 of the *Charter*;
- infringes individuals' "negative right" to be free from forced association under s 2(d) of the *Charter*;
- infringes a person's freedom to make inherently private choices free from state interference, contrary to s 7 of the *Charter*; and
- effectively divests individuals of their right to choose their own Aboriginal identity and therefore infringes upon the collective Aboriginal rights of the Applicants as protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[33] The Applicants also argue that a serious issue arises as to the Province's legislative competence with respect to ss 75 and 90 of the *MSA*, given the Federal Court of Appeal's decision in *Canada (Indian Affairs) v Daniels*, 2014 FCA 101, that Métis are included as "Indians" within the meaning of s 91(24) of the *Constitution Act 1867*.

[34] The Applicants further allege a triable issue with respect to Métis memberships. Specifically, they submit that the memberships of individuals who acquired status or membership in the *Cunningham* Appeal Period were not terminated automatically, citing Graesser J's decision in *Shaw v Gift Lake Métis Settlement*, 2015 ABQB 470.

[35] Second, the Applicants contend that serious irreparable harm will ensue if this injunction is not granted. The essence of their argument is that removal from the Membership List is synonymous with termination of membership. Each of the harms they allege is a result of that termination.

[36] For example, they assert that terminated members will lose access to benefits afforded only to settlement members under the *MSA*, including the right to reside and own land on the settlement. Therefore, these people stand to be evicted from their homes and displaced from the community in which many of them have lived their entire lives. The Applicants claim that removal from the list will also effectively strip them of their Métis citizenship and identity.

[37] They further claim that the cultural and social survival of the Gift Lake Community is at risk. The community will be deprived of important social contributions of both Elders and youth who will be forced to leave the settlement. Moreover, the *MSA* requires the Gift Lake Council to financially compensate former holders of Métis title for any improvements they made to their lands. This puts the community at risk of further impoverishment.

[38] Finally, because this irreparable harm is severe and imminent, the balance of convenience weighs in favour of granting the injunction. There is also no immediate need for the Registrar to demand to update the Membership list now because it has been out of compliance for so long. The Applicants further submit that the public interest does not weigh against granting this injunction, as they only request an exemption for specific individuals, rather than a complete suspension of the legislation.

b) The Provincial Respondents

[39] The Provincial Respondents concede that Gift Lake has raised serious issues to be tried and do not contest the injunction on that basis.

[40] However, they submit that the injunction will not prevent any irreparable harm. The Provincial Respondents submit that the individuals who are at risk of removal from the Membership List have already lost their membership according to the Alberta Court of Appeal's decision in *Gauchier*. Thus, the act of removing their names from the Membership List is simply administrative. These 137 individuals no longer possess any proper right of access to benefits afforded to Métis members.

[41] The Provincial Respondents further argue that the termination of membership does not automatically lead to eviction; rather, the Settlement Council may choose not to evict non-member individuals. Therefore any alleged irreparable harm to individuals resulting from expulsion from the settlement will be at the hands of the Settlement Council itself, and not the Provincial Registrar.

[42] With respect to the balance of convenience, the Provincial Respondents argue that the Court of Appeal made it clear in *Gauchier* that the *MSA*'s main purpose and objectives are achieved through the prompt and thorough actions of the Registrar in maintaining an updated list. This is mainly because, as the members in question have already lost their membership, they are wrongly receiving benefits and participating in the governance of the community. Thus, the other members of the Settlement have an interest in ensuring those who have terminated their membership are not depleting the resources or participating in membership decisions.

c) The Federal Respondents

[43] The Federal Respondents submit that there is no serious issue to be tried as against them. They argue that the Supreme Court's decision in *Cunningham* already canvassed each of the ss 2(d), 7, and 15 *Charter* challenges made by the Applicants, and therefore that the Applicants are merely attempting to slightly recast those same arguments.

[44] The Federal Respondents submit that any alleged harm will occur at the hands of the Provincial Registrar. Moreover, they assert that no action of the Federal Registrar has stripped any individual of his or her identity as a Métis person. They argue that the assertions of harm are speculative at best, and therefore there is a lack of evidence with respect to any irreparable harm resulting from the action or inaction of the Federal Registrar.

[45] Finally, the Federal Respondents argue that the balance of convenience favours preserving the integrity of the Indian Registry system over carving out temporary suspensions that are not contemplated in the legislation. This is especially so in light of the absence of evidence from individuals who will be harmed.

d) The Intervenors

[46] The Intervenors, Peavine, East Prairie, and Elizabeth Métis Settlements, argue that *res judicata* should apply to bar the *Charter* challenges, given the *Cunningham* SCC decision. Moreover, Gift Lake's division of powers attack on ss 75 and 90 of the MSA has no reasonable chance of success, given the Supreme Court's decisions in *R v Powley*, 2003 SCC 43, *R v Blais*, 2003 SCC 44, *Cunningham* SCC, *supra*, *NIL/TU,O Child and Family Services Society v BC Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, 2004 SCC 44, and *Grassy Narrows First Nation v Ontario (Natural Resources)*, 2014 SCC 48.

[47] The Intervenors join the Respondents in pointing to the significant lack of evidence of irreparable harm to the 137 individuals who might be removed from the list. Specifically, they submit there is no evidence that eviction from the settlement is inevitable, and therefore there is no evidence of irreparable harm.

[48] As to the balance of convenience, Kikino argues that it is important to uphold the integrity of the elections. As demonstrated in the *Shaw* case, questions surrounding membership with respect to voting rights can subject each election to costly litigation, resulting in uncertainty for the Settlement. Therefore, harm will be caused to the Settlement as a whole if the Membership List remains out of date, and non-members are allowed to vote.

[49] Kikino further argues that the public interest is a factor which must be considered in assessing where the balance of convenience lies when the action in question concerns constitutional challenges to otherwise validly enacted legislation. They state that, given the potential effect on future elections, the public interest far outweighs the claims of the Applicants in this case.

VI. Analysis

[50] The test for an interlocutory injunction does not involve a rigid application of factors. Instead, I must decide whether to grant the injunction after considering all three criteria together: *Metropolitan Stores (MTS) Ltd v Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832*, [1987] 1 SCR 110; *IBM Canada Ltd v Almond*, 2015 ABQB 336 at para 104; see also *Merck & Co v Apotex Inc*, [1993] FCJ No 1095, 69 FTR 209 (FCTD) at para 29.

[51] The Applicants seek three injunctive remedies in their originating application:

- An injunction restraining the Provincial Registrar from removing the names of the 137 individuals from the settlement Membership List, pending the outcome of the Underlying Application;
- In the alternative, an order suspending the operation of ss 75(1) and 90(1) of the *MSA* to those 137 individuals; and
- An order requiring the Federal Registrar to allow those individuals to temporarily suspend their registration on the Federal Indian Registrar upon their request.

a) Is there a serious issue to be tried?

[52] The threshold to establish a serious issue to be tried in constitutional litigation is a low one, requiring that the court satisfy itself that the application is “neither vexatious nor frivolous”: *RJR-MacDonald* at 337. However, the strength of the Applicants’ case can influence the analysis of the final two branches of the test: Kent Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed, (Toronto:Canada Law Book, 2013) at 7.150.

[53] Without commenting on the merits of the case, and given this low threshold, I am satisfied the Applicants have raised serious issues to be tried. The challenges to the legislation are not frivolous or vexatious, as important *Charter* and Constitutional rights are at stake. I find this situation analogous to that of *Harper v Canada (Attorney General)*, 2000 SCC 57, wherein McLachlin CJC explained:

This is a serious issue not only because the constitutionality of the provisions is challenged, but because it is common ground that the determination of the constitutionality will turn on the application of s. 1 of the *Charter*, which is always a complex factual and legal analysis. (para 4)

[54] Further, I find that the Applicants’ case involves constitutional challenges and a factual matrix that are distinct from *Cunningham*. Although *Cunningham* involved the same *Charter* rights, they were dealt with in relation to the *MSA*, not the *Indian Act*, as is the case here. Furthermore, the *vires* of the *MSA* provisions has not previously been dealt with. The cases presented by the intervenors do not convince me that the Applicants’ case has no reasonable chance of success.

[55] Therefore, I find that the Applicants have raised serious issues to be tried.

b) Have the Applicants established a serious risk of irreparable harm?

[56] At this stage, I must determine whether refusing to grant the injunction will cause harm to the Applicants which cannot be remedied if the applicants are successful in the underlying application: *RJR-MacDonald* at 341. Harm is irreparable where it cannot be remedied by monetary damages: *RJR-MacDonald* at 341.

[57] The Applicants bear the onus of establishing a serious risk of irreparable harm should I refuse to grant their injunctive relief. As explained in *Haida Nation v Canada (Fisheries and Oceans)*, 2015 FC 290, at paragraph 40:

The Applicants must prove that the irreparable harm is real and substantial, and not merely speculate that irreparable harm is “likely” to be suffered.

Evidence of Irreparable Harm

[58] The Applicants have put forward evidence from five individuals with respect to the irreparable harm they each would incur as a result of losing their Métis memberships. What follows is a summary of their affidavit evidence.

Norman Laderoute

[59] The Applicant Norman Laderoute deposed that he has been a member of the Gift Lake settlement since he was 18 years old. He grew up and was raised in the settlement, although occasionally works in High Prairie, Alberta. He acquired Métis title to land on the outskirts of Gift Lake approximately 15 years ago, and has since made extensive renovations and improvements to his house, in the amount of around \$75,000. He wishes to pass his Métis title to his daughters. He is currently using programs and services available to Gift Lake members such as the recreation subsidy. Mr. Laderoute votes in most council general elections and by-elections, and has run as a candidate for council.

[60] He acquired Indian status on June 26, 2009, for medical reasons, but continues to identify as Métis. Mr. Laderoute indicated that he would only de-register himself from the Indian Registry if he had the continuing ability to access non-insured health benefits.

Edith Cunningham

[61] Ms. Cunningham became a member of Gift Lake in 1990, and is an Elder in the community. She was born in Gift Lake and lived there most of her life. She feels strong ties to her Métis culture and wishes to pass it down to her family and other members in the community. She acquired Métis title to a piece of land on the settlement in 1996, and owns a house on it that is currently occupied by her grandson. She now lives on land which she understands belongs to the Settlement.

[62] Ms. Cunningham actively participates in the Gift Lake governance process, and votes in general elections and by-elections. She explains that the Métis and status Indian membership issue has caused a division in the community.

[63] She registered for Indian status in 1996 in order to gain access to medical benefits. She swears that she had no knowledge that acquiring Indian status would put her Métis membership at risk, nor was she aware that she would not be able to de-register from the Indian Registry. She indicates that she would only de-register as an Indian if she had the means to access the non-insured health benefits.

Mildred Lamouche

[64] Mildred Lamouche has lived in Gift Lake her whole life, although she did not obtain Métis membership until 2009. She holds title to 1.37 acres in Gift Lake, which she acquired in 2010, but there is no house on the land. She uses programs available to settlement members such as the recreation subsidy, the Gift Lake hall, and the bereavement subsidy. She states that she would have many financial issues if she no longer had access to those programs. She participates in Gift Lake governance, voting in every election that she was able to vote in.

[65] Ms. Lamouche states that she was involuntarily registered as an Indian in 1988 without her knowledge or consent. She believes that she was eligible to be grandfathered into Métis membership when the MSA entered into force in 1990, however that process never actually occurred. It is unclear when exactly she learned of her Indian status or that her status would be a

bar to her Métis membership. However, she states that she acquired Métis membership in 2009 only after she “heard there were no restrictions on Indian status in relation to Gift Lake membership applications.”

[66] Ms. Lamouche states that she would de-register herself from the Indian Registry immediately, if given the opportunity.

Vern Cunningham

[67] Mr. Cunningham has resided on Gift Lake his entire life. He became a member when he was 18 years old, and registered as a status Indian in 2000 in order to access health benefits. He currently lives on five acres near the shores of Gift Lake, and received Métis title to that land around 1990. He indicates that he has made many improvements to the land, including building his house. Mr. Cunningham hunts and fishes often on the Settlement. He uses programs such as the Gift Lake education and living allowance subsidy, hunting rights, medical subsidies, recreation subsidies, and the home improvement subsidies. If he didn’t have access to these programs, he submits that it would be very difficult to get by financially. Mr. Cunningham votes in elections, and has previously run as a candidate for Gift Lake Council.

[68] Mr. Cunningham states that without access to the non-insured health benefits, he would not be able to afford his medical treatment. Despite this, he states that, if given the chance, he would de-register from the Indian Registry immediately.

Dean Cunningham Senior

[69] Mr. Cunningham Sr. has also lived on Gift Lake his entire life. He became a member of Gift Lake when he was 18, and registered as a status Indian in 2006 in order to gain access to health benefits for his daughter.

[70] Mr. Cunningham Sr. has held Métis title to 332 acres in Gift Lake since 2004. He has made many improvements to the land, including clearing and fencing off farm land. He also hunts and traps on settlement lands. Mr. Cunningham Sr. also makes use of programs such as the Gift Lake education and living allowance subsidy, hunting and fishing rights, recreation subsidy, and the home improvement subsidy. He participates in the Gift Lake governance process, and votes in the elections. He has also run as a candidate for Gift Lake council.

If given the chance, he would de-register from the Indian registry immediately to preserve his Métis settlement membership.

The other 132 individuals

[71] The other 132 individuals are not parties to this action and there is no direct evidence as to their participation in the Gift Lake community, the programs they make use of, their ownership of Métis title, or other irreparable harm that might result if they lose their Métis membership.

[72] The Applicant Chairperson, Dave Lamouche, however, deposes generally that a person removed from the Membership List loses several rights, including the right to vote and to reside on settlement lands. In addition, members who hold an interest in land will not be able to pass that interest to their descendants, rendering them landless and force them from the community. He states that individuals who acquired Indian status in order to access medical benefits are particularly vulnerable as they are the poor, elderly and sick of the community.

Gift Lake Settlement itself

[73] Mr. Lamouche further swears that the Community itself risks financial hardship, as it will be forced to pay departing members for improvements they have made to their land. The viability of the community will also be affected culturally and demographically by the significant loss of these members. Mr. Lamouche also expresses concern for the inter-generational loss of connection to the Gift Lake Community, as a result of these terminated memberships.

Irreparable harm resulting from removal from the Membership List

[74] The Applicants allege that the 137 individuals in question will suffer irreparable harm once they are removed from the Gift Lake Membership List. This argument assumes that removal from the Membership List itself terminates membership. This is incorrect.

[75] It is true that in order to *become* a member of a settlement, a person's name must be recorded on the Membership List. This is evidenced by s 80(2) of the *MSA*, which states that a person becomes a settlement member when

- (a) the approval of the application for membership becomes final,
- (b) the applicant starts to live in the settlement area, and
- (c) the applicant is recorded on the Settlement Membership List as a settlement member.

[76] However, termination of membership is not similarly dependent on the list. Termination is governed by the following sections of the *MSA*:

86(3) If a settlement member is subject to a probationary period and membership is not terminated within that period, any future action to terminate the membership of the person must be taken under section 87.

...

87(1) A settlement council may terminate the membership of a settlement member only by a settlement bylaw passed in accordance with this section.

(2) Unless section 90 applies, a settlement member may have his or her membership in a settlement terminated only if the member

- (a) ceases to reside on the settlement and has expressly or impliedly abandoned membership, or
- (b) has not resided in the settlement area for 12 consecutive months or more, unless there is sufficient reason for the member to be absent.

...

90(1) Unless a General Council Policy provides otherwise, a settlement member terminates membership in a settlement if

- (a) the person voluntarily becomes registered as an Indian under the Indian Act (Canada), or

...

(2) On receipt from the settlement council of notice of a termination of membership under subsection (1), and after any verification of the facts that is

considered necessary, the Minister must remove the name of the person concerned from the Settlement Members List.

...

97(3) A name must be removed from the Settlement Members List when a settlement member loses membership in a settlement in accordance with this *Act*.

[77] These provisions make it clear that termination of membership in a settlement is distinct from removal from the Membership List. Specifically, s 97(3) makes it clear that you must first lose your membership status before being removed from the membership list - they are two discrete events.

[78] The *MSA* is also clear that the harm alleged by the Applicants occurs upon *termination* of an individual's Métis membership and not upon being struck from the Membership List. Section 91 reads:

91(1) When the membership of a settlement member **terminates or is terminated**, the member

(a) loses any rights gained by his or her former membership to reside on or occupy patented land, but

(b) does not lose any right to reside on patented land acquired by or under this or any other enactment, a General Council Policy or a settlement bylaw.

(2) The termination of settlement membership does not affect any right acquired by the spouse or adult interdependent partner or minor children of the member to continue to reside on patented land.

(3) A settlement council and a person whose membership has been terminated may agree on the compensation to be paid to the former settlement member for improvements made on land held by the member and if they cannot agree either of them may refer the matter to the Appeal Tribunal (emphasis added).

[79] Because the substantive rights of members outlined in the *MSA* are lost upon termination, and not from removal from the membership list, it follows that the maintenance of the membership list is simply an administrative task.

[80] This position is supported by the reasoning of Ritter JA for the Court of Appeal in *Gauchier*, when he stated with reference to the Automatic Termination provisions:

[b]y statute the membership of a person in a Métis settlement is terminated once the member registers as an Indian or Inuk. That which remains is administrative in nature – verification of the registration and removal of the name from the membership list (emphasis added).

[81] In their affidavits, the individual Applicants assert that they continue to receive benefits incidental to membership, as a result of their presence on the Membership List. However, based on the reasoning above, this is not consistent with the proper interpretation of the *MSA*.

[82] If an individual does not qualify for membership, or has otherwise been terminated, then he or she is not entitled to receive any benefits, regardless of the presence of his or her name on the Membership List. This is clear from the various provisions which provide for benefits in the *MSA*.

[83] For example, s 14 of the *MSA* states:

(14) No person is eligible to vote at a general election or by-election unless that person

(a) is a settlement member,

[84] Moreover, as stated by Graesser J in *Shaw*:

[194] There are no presumptions created under the [*Local Authorities Election Act*, RSA 2000 c L-21] or the *MSA* relating to the Settlement Members List and eligibility. If the Settlement Members List is inaccurate, (as in *Gauchier*), the Registrar has failed to properly keep it up, **ineligible voters are not given rights they do not have because their names appear on the List** (emphasis added).

[85] Similarly, the right to own land, the right to reside on the settlement, the eligibility to run as a settlement council, are all results of membership and not solely from the presence on the Membership List.

[86] In summary, legal entitlement to benefits under the *MSA* is not determined by the presence or absence of an individual's name on the Membership List. Therefore, the Provincial Registrar's act of removing the names of non-members from the List will not deprive those individuals of rights to which they were legally entitled. In fact, allowing the Registrar to update the list will remedy the Settlement Council's error of giving benefits to members who were not entitled to them.

[87] It then follows that the Applicants have failed to establish a serious risk of irreparable harm that will occur if individuals' names are taken off the list. Keeping these names on the list will not prevent any harm from occurring, as it is simply an administrative step.

[88] Likewise, the Applicants' argument that the Gift Lake Settlement community will suffer irreparable harm if one fifth of their members are "terminated" by the Registrar also fails a result of my finding that updating the list has no substantive effect on membership. The harm alleged by the Applicants is a consequence of the termination of membership, and not by any action of the Registrar.

Irreparable harm if alternative remedies are denied

[89] The Applicants seek two alternative remedies. First, they seek an order to stay the application of ss 75 and 90 of the *MSA* to the 137 affected individuals. Second, an order requiring the Federal Registrar to allow those individuals to temporarily suspend their names from the Indian Registry, upon request. The effect of these remedies will be to temporarily cure the membership defects for these individuals, therefore restoring their legal entitlement to the benefits of Métis membership.

[90] The Applicants allege that terminated members lose their right to vote, hold Métis title to land, and reside on the settlement. These effects of termination will cause irreparable harm to both the Gift Lake community itself, as well as those specific individuals. If the individuals lose their right to reside on the settlement, the Community will not only physically lose a significant portion

of its population, but will also lose the important social and cultural contributions of those departing members. Similarly, lifelong members of the Gift Lake community will suffer the irreparable harm of being stripped of their Métis citizenship and their right to vote. They will also be removed from their homes, their community and their family.

[91] As found in s 91 of the *MSA*, terminated members lose the right to reside on or occupy patented land. Moreover, s 95(1)(a) states that “[a]ll of a person’s interest in land in the settlement area are terminated...when the person’s settlement membership is terminated.” Thus, anyone currently holding Métis title loses that title when membership is terminated. The right to vote in general elections (s 14), on bylaws (s 55) and eligibility to run as a council member (s 15) are also dependent on membership in the settlement. Each of these rights is lost upon termination of membership.

[92] The question, however, is whether these losses are irreparable.

[93] First, individuals who have lost their membership will not have the right to vote in the upcoming election. This inability to vote in a future election constitutes irreparable harm, as the Applicants cannot be retroactively given the right to vote in a single election. If I do not suspend the application of the *MSA* to the 137 individuals, I am satisfied that this will cause some irreparable harm, in the form of loss of democratic rights.

[94] However, the Applicants have failed to prove that they face a serious risk of the other harms occurring. Specifically, with respect to removal from the settlement, I am not satisfied that individuals face a serious risk of eviction.

[95] Based on Dave Lamouche’s evidence, Gift Lake Council has long allowed individuals to reside in the Gift Lake Settlement despite the fact that they do not hold Métis Membership. Mr. Lamouche’s affidavit indicates that there are approximately 1,100 individuals residing in Gift Lake, 650 of which are registered members. Even taking into account the 400 residents ineligible for membership because they are under 18, there are still people residing on the settlement who are non-members. We do not know if these people are former members, or other individuals, or employees of the settlement who otherwise have a right to reside. However, this suggests that there is at least the possibility for non-members to reside on the settlement.

[96] In addition, Mildred Lamouche appears to have lived in Gift Lake her entire life, even though she did not acquire Métis membership until 2009. Similarly, Dean Cunningham registered as an Indian in 2006, thereby terminating his Métis membership at that time. Yet, he currently resides on the Gift Lake Métis Settlement, and there is no evidence that any steps have been taken to evict him.

[97] The evidence strongly indicates that the Gift Lake Métis Council has allowed non-member individuals to live on the settlement. Therefore, although some of the individuals for which the Applicant’s seek relief will lose their land rights, the Applicants have not established a serious risk of eviction. The Settlement Council may simply choose, as they have done in the past, to allow individuals who are not Métis members to reside on the land, pending disposition of the Underlying Action.

[98] The Settlement Council suggestions of harm are essentially that its own actions would be the cause of any potential harm. I trust that it will not take the actions leading to eviction until the substantive merits of the application are addressed. It may be that the concerns arise from the

actions of some differently constituted Settlement Council, but that is not the evidence before me on this application.

[99] Further, there is no evidence of irreparable harm resulting from losing Métis title to land. Land rights lost due to membership termination will revert back to the Settlement Council, pursuant to General Council Policies: Métis Settlement General Council Land Policy, Policy GC-P9201, s 2.3(2). This is a harm that would be monetarily compensable, and I expect that the Settlement Council will not incur the financial risk of irrevocably divesting itself of the land pending disposition of the underlying case. If the individual applicants are ultimately successful in the underlying application, their land interests could be restored or, if the Council chose to divest, they could be compensated monetarily by the Council for the loss.

[100] Given the above, the Applicants have not established a serious risk of eviction, should I refuse to grant them either of the alternative remedies. Without the risk of eviction, the loss of membership itself is not irreparable harm, as the Applicants will be able to have their memberships reinstated if they are successful in the underlying application. Thus the only risk of irreparable harm lies with losing the right to vote. I will address this potential harm in the context of the balance of convenience in the next section.

c) Does the Balance of Convenience Favour Granting the Injunction?

[101] Determining the balance of convenience requires asking which party will suffer greater harm as a result of either granting or refusing the injunction: **RJR-MacDonald** at 341, citing **Manitoba (Attorney General) v Metropolitan Stores (MTS) Ltd.**, [1987] 1 SCR 110 at 129.

[102] This analysis is different for each case, as particular circumstances will require an analysis of different factors: **RJR-MacDonald**, at 341.

Removal from the Membership List

[103] Much of the Applicants' submissions relating to the balance of convenience were in relation to the actions of the Registrar and the removal from the list. As I have already found that no harm results from removing a name from the Membership List, these arguments are irrelevant. Pursuant to the **Gauchier** decision, the Provincial Registrar has an active duty to update the membership list, and I see no reason to stop the registrar from discharging this duty if the list confers no substantive benefits.

[104] However, if I am wrong, I still find that the balance of convenience weighs in favour of allowing the registrar to perform his duties.

[105] If the Membership List is allowed to remain out of date, containing Métis members and non-members, the legitimacy of the upcoming election will be compromised. Even though the list does not confer substantive legal rights, if the settlement uses the list as a means of identifying individuals who are eligible to vote, then the election results may be compromised if non-members are allowed to vote.

[106] Allowing non-members to vote or otherwise influence governance in the Métis community can have far reaching and damaging effects to the community. While the loss of individual democratic rights is substantial, the risk of harm to the community is greater if non-members are permitted to vote. This is particularly so, given the Supreme Court of Canada's finding that the prohibition against dual registration falls within s 15(2) of the *Charter* as an ameliorative program.

[107] Gift Lake settlement may suffer serious harm if future election results are challenged on the grounds of ineligible voters. Any decisions made, or consequences flowing from these votes, could then be questioned and the Settlement Council would have to remedy such errors. This uncertainty may also potentially affect the other eight Métis settlements, as elected Gift Lake councillors are sent as representatives at the General Council.

[108] As the General Council makes decisions which affect all eight Métis settlements, the effects of having ineligible individuals vote or run as councillors in the upcoming elections will be far reaching and cannot be monetarily remedied.

[109] Upholding the integrity of elections is an important public goal: *Wrzesnewskyj v Canada (Attorney General)* 2012 SCC 55 para 38; *Council of Canadians v Canada (Attorney General)*, 2015 ONSC 4601, and Courts are reluctant to grant interlocutory injunctions in elections contexts because doing so amounts to granting the equivalent of the final remedy prior to proper adjudication on the merits: See *Harper* at para 7; *Haig v Canada* [1993] 2 SCR 995; *Manitoba (Attorney General) v Metropolitan Stores Ltd* [1987] 1 SCR 110.

[110] Conversely, if the Provincial Registrar is now allowed to remove names from the Membership List, the effect will be simply to prevent individuals from voting, a right they arguably lost years ago. Thus, the balance of convenience weighs in favour of allowing the Provincial Registrar to update the Membership List.

The Alternative Remedies

[111] The same analysis with respect to voting applies to the alternative remedies. If the Applicants' Métis memberships are only temporarily cured by this injunction, it will be akin to granting them their final remedy on an interlocutory basis.

[112] As the alternative remedies seek the suspension of legislation pending a constitutional attack, the public interest must be taken into consideration at the balance of convenience stage: *Harper v Canada (Attorney General)*, 2000 SCC 57. I find that the public interest also weighs in favour of denying the Applicants' injunction.

[113] The Supreme Court of Canada outlined the competing interests in these scenarios at paragraph 5 of *Harper*:

On the one hand stands the benefit flowing from the law. On the other stand the rights that the law is alleged to infringe. An interlocutory injunction may have the effect of depriving the public of the benefit of a statute which has been duly enacted and which may in the end be held valid, and of granting the victory to the applicant before the case has been judicially decided. Conversely denying or staying the injunction may deprive plaintiffs of constitutional rights simply because the courts cannot move quickly enough. (citation omitted)

[114] The continued application of existing legislation is presumed to be within the public interest: *Harper* at para 9. It is assumed that enacted legislation is for the common good, and that such legislation on a balance of convenience should be enforced until a final adjudication is complete: *RJR-MacDonald* at pp 348-49; *Law Society (British Columbia) v Canada (Attorney General)*, 2001 BCSC 1593 at para 57.

[115] For this reason, only in clear cases will an interlocutory injunction be granted to suspend validly enacted legislation on grounds of alleged unconstitutionality. As stated in *Harper*:

The assumption of the public interest in enforcing the law weighs heavily in the balance. Courts will not lightly order that laws that Parliament or a legislature has duly enacted for the public good are inoperable in advance of complete constitutional review, which is always a complex and difficult matter. It follows that only in clear cases will interlocutory injunctions against the enforcement of a law on grounds of alleged unconstitutionality succeed (para 9).

- [116] This factor therefore militates in favor of continuing to apply ss 75 and 90 of the *MSA*.
- [117] Moreover, staying the application of the *MSA* to the 137 individuals would have the effect of temporarily allowing status Indians to also be Métis members. As explained in *Cunningham, Gauchier* and *Shaw*, there is a significant public interest in ensuring that status Indians are precluded from Métis membership.
- [118] The rule precluding dual status in the *MSA* is the product of much consultation between the Provincial government and the Métis people: *Cunningham*, at para 79. As stated by Chief Justice McLachlin in *Cunningham*, the exclusion of status Indians from Métis membership
 - ... corresponds to the historic and social distinction between the Métis and Indians, furthers realization of the object of enhancing Métis identity, culture and governance, and respects the role of the Métis in defining themselves as a people. (para 83)
- [119] In cases where the legislation is not strictly enforced, the public interest might weigh less heavily: *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City of)*, 2002 ABCA 243. The Applicants submit that none of the Respondents can argue that the public interest will be detrimentally affected by suspending enforcement of the law, when that law has not been enforced in a significant amount of time.
- [120] In this case, however, it is not the Respondents' failure to enforce the law which is at issue. It is true that the Provincial Registrar has not performed his duty to independently update the Membership List for some time. However, this duty was only recently clarified in *Gauchier*. Since then, the Provincial Registrar has diligently investigated the status of people on the list and worked towards updating it.
- [121] It is the Settlement Council that has not strictly enforced the law thus far. Mr. Lamouche's affidavit evidence suggests that it is known in the Gift Lake Community that members acquire Indian status in order to secure access to medical benefits or other programs.
- [122] Even if individual members were not aware of the effect of this decision on Métis membership, the Settlement Council would have been. Despite this knowledge, the Settlement Council did not send notices of termination to the Provincial Registrar. In this way, the Settlement Council's inaction for many years weighs against its argument that irreparable harm is now imminent.
- [123] I also note the idea that "interim relief that preserves the status quo is less disruptive to the administration of justice than relief that alters the status quo": *Law Society (British Columbia) v Canada (Attorney General)*, 2001 BCSC 1593 at para 57. In this regard, I also recognized the Supreme Court's comments in *RJR-MacDonald* that the interests of the *status quo* is of limited value in cases where the constitutionality of legislation is challenged: at 342.

[124] In this case, however, granting the injunction would actually disrupt the *status quo* in a manner that would have serious and far reaching consequences to the public interest, as well as the interests of those in the Métis community.

[125] Specifically with respect to the remedy of temporary suspension from the Federal Indian Registry, I note that only three out of the five individual Applicants have indicated an intention to remove their names, if given the opportunity. The remaining individual Applicants have demonstrated a qualified intention to remove themselves, as long as they retain their entitlement to *Indian Act* benefits. This is not possible at this time. Moreover, there is absolutely no evidence from the other 132 people, or any other similarly situated person, as to their desire to remove their names from the list. Thus, there is no significant factor weighing in favour of granting that remedy at this time.

VII. Conclusion

[126] Given the above considerations, I find that the Applicants have not satisfied the Court that the injunctions should be granted.

[127] As I have stated above, much of the potential alleged harm can be mitigated by the Settlement Council itself, as the Settlement Council can continue to allow individuals who do not hold Métis membership to reside on the settlement land. Since it is the Settlement Council that applied for this injunctive relief, I would expect that they would take all necessary steps to prevent irreparable harm within their control from occurring to themselves and the people they purport to represent, pending the final disposition of the Underlying Application.

Heard on the 5th day of August, 2015.

Dated at the City of Edmonton, Alberta this 15th day of October, 2015.

B.A. Browne
J.C.Q.B.A.

Appearances:

Maxime Faille and Paul Seaman
of Gowling Lafleur Henderson LLP
for the Applicants

Margaret Unsworth, Q.C. and Robert Normey
for Alberta Justice and Solicitor General

Sheila M. Read and Eve Coppinger
for Justice Canada

Richard B. Hajduk
of Hajduk Gibbs LLP
for East Prairie, Elizabeth, and Peavine Métis Settlements

Meaghan M. Conroy
of MacPherson Leslie & Tyerman LLP
for Kikino Métis Settlement

Tab 11

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20051117

Docket: A-642-04

Citation: 2005 FCA 383

125
328 CORAM : DÉCARY J.A.
05 LINDEN J.A.
LÉTOURNEAU J.A.

BETWEEN:

THE HONOURABLE SINCLAIR STEVENS

Appellant

and

THE CONSERVATIVE PARTY OF CANADA

Respondent

and

THE CHIEF ELECTORAL OFFICER

intervenor

Heard at Ottawa, Ontario, October 12, 2005

Judgment delivered at Ottawa, Ontario, November 17, 2005

REASONS FOR JUDGMENT BY:

DÉCARY J.A.

CONCURRED IN BY:

LINDEN J.A.
LÉTOURNEAU J.A.

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20051117

Docket: A-642-04

Citation: 2005 FCA 383

CORAM: DÉCARY J.A.
 LINDEN J.A.
 LÉTOURNEAU J.A.

BETWEEN:

THE HONOURABLE SINCLAIR STEVENS

Appellant

and

THE CONSERVATIVE PARTY OF CANADA

Respondent

and

THE CHIEF ELECTORAL OFFICER

Intervener

REASONS FOR JUDGMENT

DÉCARY J.A.

[1] Was the merger of the Progressive Conservative Party (the PC Party) and the Canadian Reform Conservative Alliance (the Alliance) into a party called the Conservative Party of Canada

(the CP of Canada) duly authorized by the Chief Electoral Officer on December 7, 2003? This is the ultimate question the Court is called upon to answer.

[2] To do so, the Court must determine whether the Chief Electoral Officer was required to verify the content and accuracy of the documents submitted to him, whether he was required to grant party members who oppose the merger application the right to express their view, and whether he had a legal obligation to wait thirty days before allowing such an application. Should the Court find that there was a violation of the requirements in form or substance, would the Court have the discretion, in the context of an application for judicial review, to refuse to grant the relief sought? Moreover, and this is the subject of the cross-appeal, does the Court have the discretion to grant costs to the Applicant whose application is refused, on the grounds that a valid question was raised?

[3] This is the first time this Court will be asked to interpret sections 400 to 403 of the *Canada Elections Act* (S.C. 2000, c. 9), which came into force on September 1, 2000 (Can. Gaz. Part I, Spec. Ed. Vol. 134, No. 6).

FACTS

[4] The relevant facts were sufficiently described in the reasons for judgment by Madame Justice Heneghan of the Federal Court (2004 FC 1628) and I will simply restate the most important ones.

[5] The Appellant, the Honourable Sinclair Stevens, is a veteran member of the PC Party. He was a member of cabinet for the Clark and Mulroney governments between 1979 and 1986.

[6] On October 15, 2003, the leader of the PC Party, Peter McKay, and the leader of the Alliance, Stephen Harper, signed an agreement in principle (the agreement in principle) to create “a national force that reaches out to all Canadians” that will include the rights and obligations of each of the two parties. This new political force would be called the “Conservative Party of Canada.” The agreement in principle set out that the Alliance and the PC Party would treat each other as equal partners.

[7] The agreement was submitted for review to the members of both parties. Alliance members approved the agreement of principle on December 4, 2003, and those of the PC Party, on December 6, 2003. The resolution approved by the members of the PC Party stated, in part:

Whereas on October 15, 2003 the Leader of the PC Party of Canada entered into an Agreement-in-principle on the Establishment of the Conservative Party of Canada (the “Agreement”);
...

And whereas the Leader of the Progressive Conservative Party of Canada, in accordance with the provisions of the Agreement, has requested that the Agreement be placed before the Members of the Progressive Conservative Party of Canada for consideration and the Leader seeks the support and approval of the Members of the Progressive Conservative Party of Canada for the Agreement;

Be it resolved that:

The Agreement-in-principle on the Establishment of the Conservative Party of Canada be approved and the Leader of the Progressive Conservative Party of Canada and its Management Committee are instructed and authorized to take all necessary steps to implement the Agreement.

[8] In the meantime, a group of members of the PC Party, including Mr. David Orchard, had commenced an application before the Ontario Superior Court of Justice, seeking various declaratory orders and an injunction to prevent the transfer of that party's funds to a new merged party. The application was heard December 4, 2003. The following day, December 5, 2003, it was dismissed by Justice Juriansz. This excerpt is from the reasons published as, *Ahenakew v. MacKay*, (2003), 68 O.R.(3^d) 277, at para. 12:

[12] However, I do not accept this submission. The resolution before the special meeting on December 6 approves the agreement-in-principle and instructs and authorizes the Leader and the Management Committee to take all necessary steps to implement the agreement. The agreement, when read in its entirety, clearly contemplates a merger of the PC Party with the Canadian Alliance to form a new party, the Conservative Party of Canada, which "will assume all the rights, obligations, assets and liabilities of the PC Party and the Alliance". A Conservative Fund Trust is to be established to, among other things, retire the debt of either party. An Interim Joint Council is contemplated to establish riding associations, processes for the conduct of founding meetings, recognition of associations, and transfer of assets from the PC Party and Alliance riding associations to new Conservative Party riding associations, and to ensure fair and effective recruitment selection, and training of Conservative Party candidates. Article 8(e) indicates the Interim Joint Council is to be responsible for the "filings with Elections Canada (as necessary to give effect of this agreement)". Article 15 indicates that the filing with Elections Canada "with respect to the founding of the Conservative Party of Canada" is to be completed by December 31, 2003. Mr. Orchard, the only applicant to give evidence in this proceeding, indicated on his cross-examination that the agreement-in-principle made clear to him that the PC Party and the Canadian Alliance would be succeeded by the Conservative Party. If that were not apparent to the applicants, it is difficult to understand why they would request the court to make declarations that the PC Party cannot be merged with another political party except with the unanimous consent of all members. (Emphasis added).

[9] This judgment was appealed. The appeal was dismissed June 3, 2004 (see (2004), 71 O.R.(3^d) 130 (C.A.)). I will come back to this decision by the Ontario Court of Appeal.

[10] Also in the meantime, another group of members, including Mr. Stevens, asked, under the PC Party constitution, that an arbitration committee decide on the legality of the proposed vote. On December 3, 2003, the arbitration committee rendered its decision: in its opinion, the

proposed vote did not contravene the PC Party statutes. Mr. Stevens had previously withdrawn from the group, apparently on the ground that, in his opinion, the arbitration committee lacked impartiality.

[11] On December 7, 2003, a Sunday, Mr. MacKay and Mr. Harper, as leader of the PC Party and leader of the Alliance respectively, submitted an application to merge their parties to the Chief Electoral Officer, in accordance with section 400 of the *Canada Election Act* (the Act). This merger application, as set out in section 400, included an attestation from each party leader, a resolution by each party authorizing the merger and certain information required of a political party seeking to be registered. I will return to the nature of the resolution filed by the leader of the PC Party, since it is at the heart of the case.

[12] The merger application contains three short paragraphs:

This is an application pursuant to section 400 of the *Canada Elections Act* from the Canadian Reform Conservative Alliance (the "Alliance") and the Progressive Conservative Party of Canada (the "PC Party") for the merger of our respective parties pursuant to the said section, with the new party to be called the Conservative Party of Canada/Parti conservateur du Canada.

Attached please find certificates attesting to the resolutions for merger adopted by each of the Alliance and PC Party.

The information required by section 366(2) of the Act is attached in appendices.

[13] That same Sunday, December 7, 2003, the Chief Electoral Officer allowed the application and amended the political party registry accordingly, replacing the names of the merging parties,

the PC Party and the Alliance, with that of the Conservative Party of Canada. The following is taken from this decision:

I reviewed the application submitted under section 400 of the *Canada Elections Act* dated December 7, 2003 by the registered parties – the Progressive Conservative Party of Canada and the Canadian Reform Conservative Alliance – to become a single registered party as a result of their merger under the full name of the Conservative Party of Canada/Parti conservateur du Canada and short-form name of Conservative/conservateur.

The application to merge was certified by the leaders of the merging parties, Mr. Peter MacKay and Mr. Stephen Harper.

The application was accompanied by the resolutions of the two merging parties as required by paragraph 400(2)(b) of the Act. The application contained the information required for a party to be registered (except for the information referred to in paragraph 366(2)(i) of the Act which is not required on an application under section 400).

...
I am satisfied that the application for merger was not made in the period referred to in subsection 400(1) of the Act.

I caused to be reviewed the information currently on file with Elections Canada, including the registry of political parties and, in the absence of any information to the contrary, was satisfied that the merging parties had discharged their obligations under the *Canada Elections Act*, including their obligations to report on their financial transactions and their election expenses and to maintain valid and up-to-date information concerning their registration.

I am satisfied that the merged party is eligible for registration as a political party under this Act and, pursuant to subsection 401(1) of the *Canada Elections Act*, am therefore required to amend the registry of political parties. As a consequence, as of this day, the names of the merging parties were replaced with the name of Conservative Party of Canada/Parti conservateur du Canada.

Accordingly, pursuant to section 402 of the *Canada Elections Act*, the merger of the two merging parties takes effect today with the amendment of the registry of political parties. We will post this information on Elections Canada's Web site at www.elections.ca. A notice will also be published in the *Canada Gazette*, as required by subsection 401(3) of the Act.

[14] On December 8, 2003, the Chief Electoral Officer, in accordance with subsection 401(2), notified, in writing, all the leaders of the merging parties of the amendment to the registry and had the notice required under subsection 401(3) of the Act published in the *Canada Gazette*.

[15] Still on December 9, Mr. Stevens contacted the office of the Chief Electoral Officer, stating he was surprised at the speed with which the Chief Electoral Officer handled the merger application, on a Sunday, no less. Counsel for Mr. Stevens was also concerned that his client and citizens sharing his opinions were not given the opportunity to make their point of view known.

[16] Further to the numerous exchanges regarding a request made to the Chief Electoral Officer to reconsider his decision, the Chief Electoral Officer dismissed the request on December 17, 2003, but not conceding, in doing so, that he had the power to reconsider.

[17] On December 30, 2003, Mr. Stevens sought judicial review of the Chief Electoral Officer's decision dated December 7, 2003, and, as an alternative, that of December 17, 2003.

[18] On November 19, 2004, Justice Heneghan dismissed the majority of the arguments raised by Mr. Stevens but accepted the argument that the Chief Electoral Officer could not, according to the Act, allow a merger application before the thirty days following the filing of the application had expired. She did decide, however, in the exercise of her discretion in judicial review cases, to dismiss the application because, under the circumstances, the non-respect of the thirty-day delay did not have any consequences.

RELEVANT LEGISLATION

Canada Elections Act

16. The Chief Electoral Officer shall

- (a) exercise general direction and supervision over the conduct of elections;
- (b) ensure that all election officers act with fairness and impartiality and in compliance with this Act;
- (c) issue to election officers the instructions that the Chief Electoral Officer considers necessary for the administration of this Act; and
- (d) exercise the powers and perform the duties and functions that are necessary for the administration of this Act.

...

400(1) Two or more registered parties may, at any time other than during the period beginning 30 days before the issue of a writ for an election and ending on polling day, apply to the Chief Electoral Officer to become a single registered party resulting from their merger.

(2) An application to merge two or more registered parties must

- (a) be certified by the leaders of the merging parties;
- (b) be accompanied by a resolution from each of the merging parties approving the proposed merger; and
- (c) contain the information required from a party to be registered, except for the information referred to in paragraph 366(2)(i)

401(1) The Chief Electoral Officer shall amend the registry of parties by replacing the names of the merging parties with the name of the merged party if

- (a) the application for the merger was not made in the period referred to in subsection 400(1); and
- (b) the Chief Electoral Officer is satisfied that
 - (i) the merged party is eligible for registration as a political party under this Act, and

Loi électorale du Canada

16 Le directeur général des élections :

- a) dirige et surveille d'une façon générale les opérations électorales;
- b) veille à ce que les fonctionnaires électoraux agissent avec équité et impartialité et observent la présente loi;
- c) donne aux fonctionnaires électoraux les instructions qu'il juge nécessaires à l'application de la présente loi;
- d) exerce les pouvoirs et fonctions nécessaires à l'application de la présente loi.

[. . .]

400(1) Deux ou plusieurs partis enregistrés peuvent, en tout temps sauf pendant la période commençant trente jours avant la délivrance du bref pour une élection et se terminant le jour du scrutin, demander au directeur général des élections l'enregistrement du parti issu de leur fusion.

(2) La demande est assortie :

- a) d'une attestation du chef de chaque parti fusionnant;
- b) d'une résolution de chaque parti fusionnant autorisant la fusion;
- c) des renseignements exigés d'un parti politique pour devenir un parti enregistré, sauf ceux visés à l'alinéa 366(2)i).

401(1) Le directeur général des élections substitue, dans le registre des partis, le nom du parti issue de la fusion à ceux des partis fusionnants :

- a) si la demande de fusion n'est pas présentée pendant la période mentionnée au paragraphe 400(1);
- b) s'il est convaincu que, à la fois :
 - (i) le parti issue de la fusion est admissible à l'enregistrement sous le régime de la présente loi,

(ii) the merging parties have discharged their obligations under this Act, including their obligations to report on their financial transactions and their election expenses and to maintain valid and up-to-date information concerning their registration.

(2) The Chief Electoral Officer shall notify the officers of the merging parties in writing whether the registry of parties is to be amended under subsection (1).

(3) If the Chief Electoral Officer amends the registry of parties, he or she shall cause to be published in the *Canada Gazette* a notice that the names of the merging parties have been replaced in the registry with the name of the merged party.

402(1) A merger of registered parties takes effect on the day on which the Chief Electoral Officer amends the registry of parties under subsection 401(1).

(2) On the merger of two or more registered parties,

(a) the merged party is the successor of each merging party;

(b) the merged party becomes a registered party;

(c) the assets of each merging party belong to the merged party;

(d) the merged party is responsible for the liabilities of each merging party;

(e) the merged party is responsible for the obligations of each merging party to report on its financial transactions and election expenses for any period before the merger took effect;

(f) the merged party replaces a merging party in any proceedings, whether civil, penal or administrative, by or against the merging party; and

(g) any decision of a judicial or quasi-judicial nature involving a merging party may be enforced by or against the merged party.

(3) On the merger of registered parties, any registered association of a merging party is deregistered and, despite paragraph 403.01(c), may transfer goods or funds to the merged party or a registered association of the merged party in the six months immediately after the merger. Any such transfer is not a contribution for the purposes of this Act.

(ii) les partis fusionnés ont assumé les obligations que leur impose la présente loi, notamment en matière de reddition de compte sur leurs opérations financières et sur leurs dépenses électorales et de mise à jour des renseignements qui concernent leur enregistrement.

(2) Il notifie par écrit à tous les dirigeants des partis fusionnés la modification ou non du registre en conformité avec le paragraphe (1).

(3) Il fait publier dans la *Gazette du Canada* un avis de la radiation de l'inscription des partis fusionnés du registre des partis et de l'inscription du parti issu de la fusion.

402(1) La date de la fusion est celle à laquelle le directeur général des élections inscrit le parti issu de la fusion au registre au titre du paragraphe 401(1).

(2) À la date de la fusion :

a) le parti issu de la fusion succède aux partis fusionnés;

b) le parti issu de la fusion devient un parti enregistré;

c) l'actif des partis fusionnés est cédé au parti issu de la fusion;

d) le parti issu de la fusion est responsable des dettes de chacun des partis fusionnés;

e) le parti issu de la fusion continue d'assumer l'obligation des partis fusionnés de rendre compte de leurs opérations financières et de leurs dépenses électorales antérieures;

f) le parti issu de la fusion remplace chaque parti fusionnant dans les poursuites civiles, pénales ou administratives engagées par ou contre celui-ci;

g) toute décision judiciaire ou quasi judiciaire, rendue en faveur d'un parti fusionnant ou contre lui est exécutoire à l'égard du parti issu de la fusion.

(3) À la date de la fusion, les associations enregistrées des partis fusionnés sont radiées et, malgré l'alinéa 403.01c), peuvent, dans les six mois suivant la date de la fusion, céder des produits ou des sommes au parti issu de la fusion ou à une de ses associations enregistrées. Une telle cession de produits ou de sommes ne constitue pas une contribution pour l'application de la présente loi.

403. Within six months after a merger

(a) each of the merging parties shall provide the Chief Electoral Officer with the documents referred to in subsection 424(1) for

(i) the portion of its current fiscal period that ends on the day before the day on which the merger takes effect, and

(ii) any earlier fiscal period for which those documents have not been provided; and

(b) the merged party shall provide the Chief Electoral Officer with

(i) a statement, prepared in accordance with generally accepted accounting principles, of its assets and liabilities, including any surplus or deficit, at the date of the merger,

(ii) an auditor's report, submitted to the chief agent of the merged party, as to whether the statement presents fairly and in accordance with generally accepted accounting principles the information on which it was based, and

(iii) a declaration in the prescribed form by the chief agent of the merged party concerning the statement.

403. Dans les six mois suivant la date de la fusion :

a) chaque parti fusionnant produit auprès du directeur général des élections les documents visés au paragraphe 424(1) :

(i) pour la partie de son exercice en cours antérieure à la date de la fusion,

(ii) pour tout exercice antérieur pour lequel il n'a pas produit ces documents;

b) le parti issue de la fusion produit auprès du directeur général des élections :

(i) un état de son actif et de son passif et de son excédent ou de son déficit – dressé selon les principes comptables généralement reconnus – , à la date de la fusion,

(ii) le rapport de son vérificateur, adressé à son agent principal, indiquant si l'état présente fidèlement – et selon les principes comptables généralement reconnus – les renseignements contenus dans les écritures comptables sur lesquelles il est fondé,

(iii) la déclaration de son agent principal concernant l'état, effectuée sur le formulaire prescrit.

ANALYSIS

[19] After reviewing the *Elections Act*, I find that the duty of the Chief Electoral Officer is, essentially, the mechanical application of the very detailed and meticulously drafted legislative provisions that leave almost nothing to chance and that, in reality, confer very little flexibility and discretion on him. I am not saying this in a pejorative way; it is healthy and necessary for it to be this way, because the Chief Electoral Officer is, in a sense, the guardian of democracy in Canada and this democracy could be compromised by granting the person on the front line in charge of protecting it powers that are even slightly arbitrary.

[20] A consequence of this finding is that the *Elections Act* sets out the Chief Electoral Officer's powers so precisely that there is little risk he will get sidetracked, and his decisions will withstand most judicial review challenges because they are dictated by the very terms of the Act.

[21] The general powers of the Chief Electoral Officer are stated in section 16 of the Act. His duty, as I mentioned, is to ensure that electoral operations—and underlying operations, such as party registration and contributions to registered political parties—are carried out in accordance with the Act. This duty is non-partisan; even more so, it must be seen as non-partisan and its holder is held to the most absolute political neutrality. He is appointed by resolution of the House of Commons during good behaviour and may be removed from office only for cause by the Governor General upon address of the Senate and the House of Commons (s. 13 of the Act). The Chief Electoral Officer is one of the rare people who is disentitled from voting (s. 4 of the Act).

[22] It is in light of this context that I will now consider the arguments presented by the parties and the intervener.

*Obligation of the Chief Electoral Officer to verify the content
and accuracy of the documents provided to him*

[23] The Act sets out that key communications between the Chief Electoral Officer and possible stakeholders (elector, MP, candidate, registered association, party, party leader, party

representative, etc.) are to occur in writing (see, among others, sections 45, 48, 53, 54, 95, 103, 194, 221, 233, 251, 382, 384, 389, 403.35, 424, 435.38, 452, 478.02 and 478.23).

[24] The Act also implies that the information provided to the Chief Electoral Officer is true and accurate. The obligation is on those who provide information to him to ensure they are not “false or misleading” (see, among others, sections 384.1, 403.38, 427 and 431). The Act also requires, occasionally, a certified statement confirming the validity of the documents provided to the Chief Electoral Officer (see, for example, subsections 383(1) and 384(1)).

[25] When Parliament wanted the Chief Electoral Officer to personally verify the accuracy of the information provided to him, it set this out specifically. For example, section 51 allows the Chief Electoral Officer to communicate with an elector when updating the register of electors, “to verify the . . . information relating to him or her . . . ” In addition, under subsection 366(3), the Chief Electoral Officer “may ask the party’s leader to provide any relevant information . . . ” in order “to confirm” that one of the fundamental purposes of a party applying to be registered is to participate in public affairs by endorsing one or more of its members as candidates and supporting their election party. Under paragraph 368(c), before allowing a party’s application for registration, the Chief Electoral Officer must be “satisfied” that all the required information has been provided and “is accurate,” which presumes that he has the power and the duty to lead some type of investigation.

[26] The scheme of the Act seems obvious: as a general rule, the Chief Electoral Officer may, and must, accept information provided to him assuming that it is being provided by an authorized person and that it is accurate. It is not up to him to go beyond what is given or to question the mandate of the person giving the information and thus interfere in what can be called internal party, candidate, or elector affairs. It is therefore not surprising that the Act does not confer on the Chief Electoral Officer a specific power to investigate.

[27] It follows that the role of the Chief Electoral Officer, when he is to make a decision on an application submitted to him, is limited, in general, to ensuring that, on the face of the documents submitted by persons duly authorized, the conditions required by the Act are met. Goudge J.A. noted in *obiter* in *Ahenakew (supra)*, at para. 43:

[43] Moreover, even if we were inclined to entertain the argument on its merits, in my view it would not succeed. I agree with the application judge that s. 40(1)(b)(ii) places on the Chief Electoral Officer, not the court, the initial duty to be satisfied that the PC Party as a merging party has provided with its application a resolution approving the proposed merger. While we need not decide it in this case, I am inclined to the view that this task is concerned with the facial validity of the resolution: on its face does the filed resolution come from the merged party and does it approve the proposed merger? This would not involve the Chief Electoral Officer in adjudicating a claim that the resolution is of no legal effect because the party did not follow its own constitutional requirements. In my view the latter, which would require evidence and argument, is a task that Parliament does not appear to have equipped the Chief Electoral Officer to perform.

[44] However, in the circumstances of this case, I do not view this task as being for the court either. The very issue was referred by the Management Committee to the Arbitration Committee of the PC Party pursuant to the provisions of its constitution. The appellants had notice of and the opportunity to participate in the hearing held by the Arbitration Committee. They chose not to do so. The Arbitration Committee issued a thoroughly reasoned decision which concluded that there was nothing in the Party's constitution requiring unanimous consent for the resolution and that the proceedings put in place for the meeting of December 6 and for voting on the resolution met the Party's constitutional requirements. The resolution was therefore capable of constituting the approval of the proposed merger called for by the Act.

(See also, *Cavilla v. Canada (Chief Electoral Officer)*, (1994) 76 F.T.R. 77; *National Party of Canada et al v. Stephenson et al.*, (1996) 124 F.T.R. 108, conf. in [1998] F.C.J. No. 300 (F.C.A.); by analogy, *Isnana v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1999] F.C.J. No. 513 (F.C.T.D.).

[28] This general rule applies here. The merger application, as set out in section 400 of the Act, is accompanied by an attestation by each of the party leaders. The person interacting with the Chief Electoral Officer is the party leader. The spokesperson for the party is the party leader. The Chief Electoral Officer cannot question the status of the party leader who submits an application. It must be noted that the Chief Electoral Officer is dealing with the leader of a registered party, meaning a legitimate party whose activities follow the guidelines set out by the Act and whose leader's name appears on the registry of parties (see sections 366(2)(d) and 383(3)). When Parliament wanted the Chief Electoral Officer to deal with members of the party other than its leader, it set this out specifically (see, for example, subsection 401(2) of the Act, to which I will return).

[29] The merger application is also accompanied by "a resolution from each of the merging parties approving the proposed merger." In this case, we know that the leader of the PC Party considered the resolution attached to his application to be "a resolution for merger." As Justice Juriansz found in the Ontario Superior Court of Justice, I also feel that "the agreement, when read in its entirety, clearly contemplates a merger of the PC Party with the Canadian Alliance to form a new party, the Conservative Party of Canada, which 'will assume all the rights,

obligations, assets and liabilities of the PC Party and the Alliance”” (at para. 12). The Chief Electoral Officer, who we must assume follows Canadian politics very closely, could easily be satisfied, upon reading the document, that it was what the party leader said it was, namely a resolution approving the merger.

Obligation to give opponents the right to speak

[30] In general, the Act does not impose an obligation on the Chief Electoral Officer, before making a decision, to consult the members of a party other than those set out in the Act or, in Justice Pratte’s words in *Hamel v. Union Populaire*, [1980] 2 F.C. 599 (C.A.) at para. 14, an obligation to give objectors “a chance to explain themselves.”

[31] Not only is the Act set out so that the Chief Electoral Officer can make decisions on the faith of the information received, but it also ensures that the decisions are made, in general, solely on the faith of the information received solely from those persons authorized, or asked, to transmit the information to him, without anyone being granted the right to speak.

[32] When Parliament intended for people to be consulted before a decision is made, it did so specifically, as in section 389, which states that the Chief Electoral Officer shall not deregister a party unless the party and its leaders have had a chance to explain themselves. The same applies in section 403.21, in cases of deregistration of electoral district associations.

[33] However, there is no such obligation in the sections of the Act that deal with mergers of registered parties.

[34] The Appellant claims, however, that when Parliament introduced the merger application procedure in the Act, it implicitly created a consultation obligation when it imposed the obligation in subsection 401(2) on the Chief Electoral Officer to “notify the officer of the merging parties in writing whether the registry of parties is to be amended under subsection(1)” (emphasis added).

[35] This claim cannot be sustained.

[36] The French text of subsection 401(2) is clear. The words, “Il notifie par écrit . . . la modification ou non du registre . . .” are in no way ambiguous. The text is not elegant but it is clear: the Chief Electoral Officer’s decision on the merger application has already been made and the Chief Electoral Officer shall advise the leaders of the parties of his decision, which is either for or against the merger.

[37] The English text is ambiguous. At first, it seems to assume that the decision is not yet made: “The Chief Electoral Officer shall notify . . . whether the registry of parties is to be amended . . .”

[38] One of the rules in interpreting bilingual legislation is that “if there is ambiguity in one version but not the other, the two versions must be reconciled, that is, we must look for the meaning that is common to both versions . . . The common meaning is the version that is plain and not ambiguous.” *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, at para. 28 *et seq.*). (See also, *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 S.C.C. 51, para. 25).

[39] It seems to me that the two versions can be reconciled simply by acknowledging that the English text implicitly includes the words “or not” in the expression “whether”, in which case the text could be read as, “whether the registry . . . is to be amended or not.” It is hard to imagine that the Chief Electoral Officer would only need to advise the leaders of his decision if it is in favour of the merger. Read and understood this way, the English text, as the French text, indicates that the decision has already been made.

[40] It must be noted that the notice required in subsection 401(2) is not of the decision itself, but rather of its registration, which, again, presupposes that the decision has been made and the subject of the notice is merely to inform the leaders of the content of the decision, which, if in favour of the merger, must be registered and takes effect only upon registration.

[41] Moreover, the interpretation proposed by the Appellant is incompatible with the power of decision conferred on the Chief Electoral Officer by subsection 401(1): the Chief Electoral Officer, as soon as he is convinced that the application conditions of this subsection have been met, “shall amend the registry of parties by replacing the names of the merging parties with the

name of the merged party . . . ” (Do we need a reminder that the use of the present tense, “*substitue*” in French corresponds, according to the *Interpretation Act*, to the term “shall” in the English text?) In short, the Chief Electoral Officer decides whether to authorize the merger, and once the decision is made, he transmits it to the leaders of the party. It would be strange, to say the least, if Parliament’s words, “is to be amended,” were intended to grant objectors the right to be consulted after the decision had been validly made without consultations.

*Legal obligation to wait thirty days
before granting a merger application*

[42] The Chief Electoral Officer, in this case, accepted the merger application on the same day it was filed. Justice Heneghan found that there was an error of law. I agree with her.

[43] Subsection 400(1) of the Act defines a period of time during which no merger application can be filed, namely, “the period beginning 30 days before the issue of a writ for an election and ending on polling day.” In practice, since elections are generally held 36 days following the issue of the writ, under section 57 of the Act, this subsection means a merger application generally cannot be presented in the 66 days preceding a vote. (I must specify that the debate before us deals with the theory of a general election; I am not to decide whether the prescribed timeframe also applies in cases of partial elections).

[44] Moreover, under paragraph 401(1)(a), the Chief Electoral Officer cannot authorize a merger “if the application for the merger was . . . made in the period referred to in subsection 400(1).”

[45] This method for establishing a prohibition period is troublesome, insomuch as the starting point comes 30 days prior to an event (issue of a writ) for which the time it will occur, if at all, is unknown at the time the application is filed. And since the date of the issue of the writ is a secret the Prime Minister guards very closely until the very last minute, no one can predict it—not even the Chief Electoral Officer (despite his open claim at the hearing that the only purpose of the

delay of 30 days prior to an election being called was so he would not have additional concerns while preparing for an election, the date of which he would have sensed in advance).

[46] A merger application that would have been filed 30 days prior to the issue of the writ would become ineligible *ex post facto*. However, the only way the Chief Electoral Officer can ensure that when he accepts a merger application it is not during the 30 days prior to the issue of a writ is to not accept any applications until the 30 days have expired. This, in my opinion, is the only possible interpretation of these texts.

[47] The parties did not submit any extracts from any Parliamentary debates that might help us. Personally, I see a valid goal that Parliament might have been seeking by imposing such a prohibition period: to ensure that electors, on the verge and in the heat of an election campaign, are not thrown off balance by the sudden disappearance of two parties with which they were familiar and the sudden arrival of a new party. Added to this, of course, are the practical problems the party created by the merger, as well as the Chief Electoral Officer himself, would suddenly face at the last minute, (see, for example, section 42 of the Act, which sets out a special procedure for appointing revising agents, deputy returning officers, poll clerks and registration officers at the start of an election campaign when there has been a merger of registered parties). This political stability consideration is consistent with the consideration of “preserving the integrity of the electoral process,” set out by the Supreme Court of Canada in *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 72.

[48] This 30-day delay does not perhaps solve every problem, but thankfully it is not up to me to find a miracle solution. I will therefore be happy with an interpretation that is in keeping with the terms of the Act and, in my opinion, minimizes the risks of political instability in pre-election periods. On this subject, regard may be had to section 370 of the Act, under which it appears that a new party that files a registration application in the 60 days preceding the issue of a writ for election, will only be registered for the following election.

[49] I therefore find that the only interpretation that would give a concrete meaning to the texts in question is the one that requires the Chief Electoral Officer to let 30 days expire once the merger application is received before accepting it. If this was not Parliament's intention, it is free to correct our vision with a more specific legislative text.

*Exercising discretionary
power for judicial review*

[50] Justice Heneghan refused to grant the relief sought despite the fact that the Chief Electoral Officer, by not waiting 30 days before making his decision, violated the *Canada Elections Act*. Taking judicial notice of the fact that no writ ordering an election was issued in the 30 days following the merger application, she found, at paragraph 118 of her reasons:

In the result, the CEO's action in immediately amending the registry of parties, although contrary to my interpretation of the Act, had no material effect. In the exercise of my discretion, I decline to grant the relief sought.

[51] Justice Heneghan, in my opinion, judiciously exercised the discretion inherent to the power for judicial review. The existence of this discretion is based both on the text of subsection

18.1(3) of the *Federal Courts Act* under which the "Federal Court may" quash the decision of a federal board, commission or tribunal, and on the principles associated with traditional prerogative writs. In this regard, it would be appropriate to return to this long excerpt from Justice Hugessen's reasons in *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334 (C.A.), at pages 342, 343 and 344, which summarize the basis of this discretion best, with the adaptations required by the new, more explicit formulation of section 18:

In my view, nothing in the words used makes them other than attributive of jurisdiction. They create the power in the Court to set aside decisions which offend in one of the stated ways but do not impose a duty to do so in every case.

This appears also, I would suggest, from the wording of section 52, which describes the dispositions which are open to the Court on a section 28 application. The opening words are: "The Court of Appeal may..." They are clearly permissive and nowhere is there a suggestion that the Court must act whenever it finds an error of law.

This is not to say that the Court is entitled to decline to exercise the jurisdiction which is given to it by sections 28 and 52, but simply that there is nothing in the language of the statute obliging the Court to grant the remedy sought where it is inappropriate to do so. While it can no doubt be argued that the statute creates certain rights for the litigant, it does so by granting powers to the Court and the latter must remain the master of whether or not they are to be exercised in any particular case.

Any other view would, it seems to me, lead to absurdities which could not have been in the contemplation of the Legislature. This case provides a good example: I have characterised as an error in law the Adjudicator's view that Mr. Schaaf's admission of the facts alleged against him was not evidence which he was entitled to take into account. If this had been the only error and if the Adjudicator, after hearing the testimony offered by the Case Presenting Officer, had, in compliance with sections 32 and 34 of the Regulations, given an opportunity to Mr. Schaaf and his counsel to lead evidence and make submissions, it could not seriously be argued that the decision would have to be set aside because of such error. The situation does not change, in my opinion, because other errors equally inconsequential are added to the first. Individually and cumulatively they can have had no effect upon the outcome of the inquiry. In the language of paragraph 28(1)(b), they are not errors committed "in making" the decision.

The same result can also be arrived at by a somewhat different process of reasoning which I find equally appealing. Briefly it is that the remedy provided by section 28 of the Federal Court Act cannot be treated as if it existed in a vacuum and had sprung full-blown and newly invented from the mind of Parliament. Section 28, by its very terms, must be read in tandem with section 18, which deals with the traditional prerogative writs, including certiorari and mandamus. Much of the language of section 28 (and some would say this is its principal defect) is the language developed by the cases with regard to those writs. In the light of the majority decision of the Supreme Court of Canada in the case of *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, it is not open in this Court to dispute that the writs of certiorari and mandamus are discretionary remedies at least as regards questions of procedural fairness. Even in

those jurisdictions where the old procedure of the prerogative writs has been wholly or partly codified (see, for instance, Ontario, Judicial Review Procedure Act, R.S.O. 1980, chapter 224; Quebec, Code of Civil Procedure, article 846), the remedy has remained discretionary: Quinn (T.E.) Truck Lines Ltd. v. Snow, [1981] 2 S.C.R. 657; so also under section 18 of the Federal Court Act, where the remedy sought was not a prerogative writ but "its modern equivalent, the motion to quash" (see P.P.G. Industries Canada Ltd. v. A.G. of Canada, [1976] 2 S.C.R. 739, at page 749). In my view, the same considerations which have led the courts to hold these remedies to be discretionary apply with equal force to the recourse under section 28 of the Federal Court Act. A proper exercise of that discretion in the present case must lead to a refusal of the remedy sought on the ground that the error invoked is a simple procedural irregularity of no consequence.

[52] It is not uncommon that a court, in its discretion, refuses to quash a decision made unlawfully. Although the absence of prejudice is the reason most often cited, it is not the only one; the extent of the consequences, for example, could be another reason as valid at the lack of consequences. (See *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, at pages 228 and 229 ("remedies . . . are impractical"); *Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc.* (C.A.), [1991] 3 C.F. 626; *Nooshimavans v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 598; *Angus v. Canada* (C.A.), [1990] 3 F.C. 410, p. 440); *Devinat v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, [2000] 2 F.C. 212 (C.A.), at paras. 71 et seq.).

Reconsideration Decision

[53] Given the conclusion at which I have arrived, it is not necessary to deal with the application for judicial review of the December 17, 2003, decision in which the Chief Electoral Officer dismissed the reconsideration request.

COSTS

[54] By cross-appeal, the Respondent claimed the judge erred by imposing costs against it, since it was successful in its challenge of the Appellant's application for judicial review.

[55] To justify this somewhat unusual order, the judge stated that the Appellant had "raised a valid question." I understand from this that she granted costs in favour of the Appellant against the Respondent because the Appellant was successful in its claim that Chief Electoral Officer's decision was unlawful and the reason the Respondent, in the end, succeeded, was that the Court, in its discretion, refused to grant the remedies sought.

[56] The court "shall have full discretionary power over . . . costs and the determination of by whom they are to be paid." (Rule 400(1) of the *Federal Court Rules*). Perhaps contrary to other jurisdictions, the *Federal Court Rules* list, at Rule 400(3), a series of factors a judge may rely on in exercising this discretion. The list is not exhaustive and the Federal Court of Appeal will not intervene in a cost award except in rare instances, where the judge is clearly misdirected in law, considered non-relevant elements or did not justify a decision that is clearly contrary to the practice generally followed.

[57] In this case, I do not believe there is reason to intervene. The Appellant clarified, in the sense he proposed, a public interest legislative provision and his application was well-founded. As Lord Justice Buckley noted in *Scherer v. Counting Instruments Ltd.*, [1986] 2 All E.R. 529 (C.A.), at page 536:

If a party invokes the jurisdiction of the court to grant him some discretionary relief and establishes the basic grounds therefor but the relief sought is denied in the exercise of discretion . . . the opposing party may properly be ordered to pay his costs.

[58] As a result, I would dismiss the cross-appeal and confirm the Justice's order regarding costs.

[59] As for costs in this Court, they would not have been granted against the Chief Electoral Officer regardless of the outcome of the appeal. The Chief Electoral Officer is not a party to the proceedings and acted only as intervener when leave to do so was granted by order of the Federal Court on April 28, 2004. It is not customary to impose costs on the federal board, commission or tribunal whose decision is being challenged, unless the order allowing the intervention so specifies—which is not the case—or in exceptional circumstances—such as misconduct or abuse of procedure—which are not present in this case.

[60] However, the Respondent must have its costs against the Appellant. The Respondent was successful in appeal and the Appellant can no longer use the ground of public interest or the ground of his success in trial court before us. He chose not to be satisfied with the judgment rendered against him and all his grounds of appeal are dismissed: he must therefore assume the risks of an unsuccessful appeal.

ORDER

[61] I would dismiss the appeal and order the Appellant to pay the Respondent costs in this Court.

[62] I would dismiss the cross-appeal of the Respondent with costs in favour of the Appellant.

(s) "Robert Décaray"

J.A.

I concur

"A.M. Linden" J.A.

I concur

"Gilles Létourneau" J.A.

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOCKET: A-642-04

STYLE OF CAUSE: THE HONOURABLE SINCLAIR STEVENS V.
THE CONSERVATIVE PARTY OF CANADA
AND THE CHIEF ELECTORAL OFFICER

PLACE OF HEARING: Ottawa

DATE OF HEARING : October 12, 2005

REASONS FOR JUDGMENT BY: DÉCARY J.A.

CONCURRED IN BY: LINDEN J.A.
LÉTOURNEAU J.A.

DATED: November 17, 2005

APPEARANCES:

Mr. Peter Rosenthal
Mr. Selwyn Pieters FOR THE APPELLANT

Mr. Arthur Hamilton
Ms. Laurie Livingstone FOR THE RESPONDENT

Mr. Ronald Lunau
Ms. Catherine Beaudoin FOR THE INTERVENOR

SOLICITORS OF RECORD:

Roach, Schwartz & Associates
Toronto (Ontario) FOR THE APPELLANT

Cassels Brock & Blackwell LLP
Toronto (Ontario) FOR THE RESPONDENT

Gowling Lafleur Henderson LLP
Ottawa (Ontario) FOR THE INTERVENOR

28P

Supreme Court of Canada



Cour suprême du Canada



08 330 354

April 27, 2006

Coram: McLachlin C.J. and Charron and Rothstein JJ.

BETWEEN:

Honourable Sinclair Stevens

Applicant

- and -

Conservative Party of Canada

Respondent

JUDGMENT

The application for leave to appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal, Number A-642-04, 2005 FCA 383, dated November 17, 2005, is dismissed with costs.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "J.C.C."

C.J.C.
J.C.C.

No. 31281

Le 27 avril 2006

Coram : La juge en chef McLachlin et les juges Charron et Rothstein

ENTRE :

Honorable Sinclair Stevens

Demandeur

- et -

Parti conservateur du Canada

Intimé

JUGEMENT

La demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, numéro A-642-04, 2005 CAF 383, daté du 17 novembre 2005, est rejetée avec dépens.

Tab 12

SUPREME COURT OF YUKON

Citation: *Yukon (Chief Electoral Officer) v. Nelson*, 2014 YKSC 26

Date: 20140520
S.C. No. 14-A0015
Registry: Whitehorse

Between:

THE CHIEF ELECTORAL OFFICER

Petitioner

And

KEVIN NELSON, KATHY McDougall, CHANELLE BROWN,
MIKE TUCK, LOIS JOE, TRAVIS JOHNNIE, TERI-LEE ISAAC,
REBECCA ROBERTS and GEORGINA GILL

Respondents

Before: Mr. Justice L.F. Gower

Appearances:

Debra L. Kendrick
Kathy McDougall
Mike Tuck
Lois Joe
Teri-Lee Isaac
Georgina Gill

Counsel for the Petitioner
Appearing on own behalf
Appearing on own behalf
Appearing on own behalf
Appearing on own behalf
Appearing on own behalf

REASONS FOR JUDGMENT

[1] This is an application by the Chief Electoral Officer of the Yukon for directions from this Court with respect to a school council election for the Eliza Van Bibber School in Pelly Crossing, held on May 5, 2014. In that election, nine candidates competed for six positions on the school council. There is no dispute that there was an irregularity in the election which affected the outcome. For the reasons which follow, this means the

election must be annulled. The only real issue discussed at the hearing of the application was whether there should be an entirely new election or whether the procedure for breaking a tie between two or more candidates, set out in s. 33(3) of the *School Council Election Regulations*, O.I.C. 1990/142, (the “*Regulations*”) under the *Education Act*, R.S.Y. 2002, c. 61, could be used as between the sixth and seventh placed candidates.

[2] Although it is somewhat unusual for the Chief Electoral Officer to be the applicant in this type of situation, she does so because, under s. 84 of the *Education Act*, she exercises general direction and supervision over the administrative conduct of school council elections and ensures fairness, impartiality and compliance with the election provisions in the *Act*.

[3] The respondents are the nine candidates. All were served with the petition and the two supporting affidavits. Six of the nine attended the hearing and five of the six made submissions. None were opposed to the application, although some differed on whether there should be a new election.

[4] Because time is of the essence in this matter, I allowed the hearing to proceed on short notice to the respondents.

[5] The facts in this matter are set out in the respective affidavits of Brenda McCain-Armour, the Chief Electoral Officer (Acting), and Jean Van Bibber, who was the Returning Officer for the election. None of the facts are disputed.

[6] Nominations for the election closed on April 24, 2014. The nine respondents were nominated for the six positions on the school council. This was the first election for school council in Pelly Crossing since 1991. All other elections have been by acclamation.

[7] On election day, May 5, 2014, a total of 106 votes were cast. This was a significant voter turnout, as I am informed that the total population in Pelly Crossing is just over 330 people. It would appear that the election was hotly contested. The atmosphere in and around the polling station during the voting was highly charged. At one point, the RCMP attended to speak with the Returning Officer.

[8] After the polls opened, an individual (person #1) approached the Returning Officer and advised her that he wanted to vote on behalf of another person who could not attend the polling station to vote. Person #1 indicated that they had a signed paper from the other person indicating their voting choices. The Returning Officer declined to read the note, to preserve voter secrecy, but was shown the signature of the author of the note. The Returning Officer then quickly consulted s. 24 of the *Regulations* and determined that person #1 could mark the absent person's ballot, providing he gave an "Oath of a Friend or Relative", in Form 8 of the *Regulations*. Person #1 was then given two ballots, one for himself and one for the absent person. He voted and returned two ballots to the Deputy Returning Officer. The foils of the ballots were removed and the ballots were deposited in the ballot box.

[9] Sometime later, another individual (person #2) approached the polling station and asked to vote on behalf of their spouse, who could not attend at the poll. Again, the Returning Officer decided to repeat the procedure under s. 24 of the *Regulations*, obtaining a Form 8 Oath from person #2 and providing him or her with two ballots. After voting, person #2 returned the ballots to the Deputy Returning Officer, who pulled off the foils and deposited them into the ballot box.

[10] On the following day, May 6, 2014, the Chief Electoral Officer received a telephone call from an individual in Pelly Crossing asking if a person could vote by proxy at the school council election. She advised the individual that there were no provisions for proxy voting in such elections. The Chief Electoral Officer also contacted the Returning Officer to inquire whether there had been any voting by individuals on behalf of other voters. It was then that the Returning Officer disclosed the procedure she had allowed for persons #1 and #2, using the Oath in Form 8 of the *Regulations*. The Chief Electoral Officer informed the Returning Officer that the Form 8 procedure only allows the friend or relative to assist a voter in the polling booth if the voter has a problem with marking their ballot.

[11] Section 24 reads:

“24.(1) An elector who requires assistance to mark a ballot paper may request that a friend or relative mark the elector’s ballot paper.

(2) The friend or relative shall

(a) take the oath in Form 8 annexed hereto to keep secret the elector’s choices, and

(b) accompany the elector into the polling booth.

(3) The poll clerk shall enter in the poll book across from the elector’s name the name of the friend or relative and the phrase “oath of friend or relative.”

[12] The Returning Officer now realizes that she was in error in relying on s. 24 of the *Regulations*, but at all times was acting in good faith and to the best of her understanding

of the election process. She is not related to or friends with either person #1 or person #2. Her error was an administrative mistake.

[13] The Statement of Votes indicates that there was a two vote difference between the candidate elected for the sixth position on school council and the unsuccessful seventh-ranked candidate, who received the next highest number of votes.

[14] In *Ta'an Kwäch'än Council (Re)*, 2006 YKSC 62, at para. 24, Veale J. confirmed that this Court has inherent jurisdiction to deal with matters of elections where there is no legislation which otherwise applies.

[15] In the case at bar, although there are provisions in the *Education Act* and the *Regulations* regarding school council elections, there are no provisions on the procedure to be followed in the event of an election irregularity. Therefore, I must look to common law principles in this regard. These were referred to by Veale J. in *Ta'an Kwäch'än Council*, at paras. 17 to 20:

"17 Generally speaking, courts deal with cases that involve challenges to past election results based on irregularities that occurred in the election process. Typically these challenges are based upon the ineligibility of candidates, the ineligibility of electors, or irregularities in the marking or counting of ballots. Courts are called upon to review the electoral process to determine whether the outcome should be confirmed or set aside.

18 Most challenges to election outcomes arise under statutes that set out the principles for controverting elections.

19 However, in the case of *Beamish v. Miltenberger*, [1997] N.W.T.J. No. 19 at paragraphs 30 - 31, Vertes J. found that the common law principles still existed so long as they were not clearly intended to be changed by the applicable election statute. Assuming this to be the case, the common law principles that apply to electors are summarized at paragraph 31 of *Beamish* by a quote from Lord Denning in *Morgan v. Simpson*, [1974] 3 All E.R. 722 (C.A.) at page 728:

"(1) If the election was conducted so badly that it was not substantially in accordance with the law as to elections, the election is vitiated, irrespective of whether the result was affected, or not ... (2) If the election was so conducted that it was substantially in accordance with the law as to elections, it is not vitiated by a breach of the rules or a mistake at the polls - provided that it did not affect the result of the election ... (3) But, even though the election was conducted substantially in accordance with the law as to elections, nevertheless if there was a breach of the rules or a mistake at the polls - and it did affect the result - then the election is vitiated."

20 The general common law principle is that the will of the people as expressed in an election will not be set aside unless the irregularity or non-compliance with election law or practice is such that the outcome would have been materially affected. Obviously any irregularity affects the election process in some way. Unless it materially affects the validity of the election results, courts will not set aside the decision of the voters.

[16] In order to determine whether the results of this election have been materially affected by the irregularity regarding the two "Form 8" voters, I am to have regard to the "magic number" test. This was referred to in *Opitz v. Wrzesnewskyj*, 2012 SCC 55, at paras. 71 to 73:

"71 To date, the only approach taken by Canadian courts in assessing contested election applications has been the "magic number" test referred to in *O'Brien* (p. 93). On this test, the election must be annulled if the rejected votes are equal to or outnumber the winner's plurality (*Blanchard*, at p. 320).

72 The "magic number" test is simple. However, it inherently favours the challenger. It assumes that all of the rejected votes were cast for the successful candidate. In reality, this is highly improbable. However, no alternative test has been developed. No evidence has been presented in this case to support any form of statistical test that would be reliable and that would not compromise the secrecy of the ballot.

73 Accordingly, for the purposes of this application, we would utilize the magic number test. The election should be annulled

when the number of rejected votes is equal to or greater than the successful candidate's margin of victory. However, we do not rule out the possibility that another, more realistic method for assessing contested election applications might be adopted by a court in a future case."

[17] In the case at bar, the two votes cast by persons #1 and #2 for the absent individuals must be rejected because they were not cast in accordance with the provisions in the *Education Act* or the *Regulations*. Quite simply, this legislation only allows in-person voting (albeit with the assistance of a friend or relative) or mail-in voting (the latter being found in s. 99 of the *Education Act* and ss.14 and 15 of the *Regulations*). Therefore, the two votes must be rejected as invalid. Rejecting the votes affects the result of the election in the sense that it changes the vote count: *Opitz*, at para. 59. Further, since the two rejected votes equal the sixth candidate's margin of victory over the seventh unsuccessful candidate, under the magic number test the election must be vitiated and annulled.

[18] There was some interesting discussion at the hearing about whether this Court would have jurisdiction to treat the result of the rejection of the two votes as effectively creating a tie between the sixth and seventh ranked candidates. If that were possible, then s. 33(3) of the *Regulations* might be used to decide between the two candidates "by the drawing of lots". On further reflection, I am satisfied that the procedure in s. 33(3) is not available in these circumstances. It seems to me that as the legal effect of the irregularity makes the election a nullity, it does so for all of the candidates and not simply for the two ranked sixth and seventh. Further, s. 33(3) of the *Regulations* only applies in the context of a recount where there is an equal number of votes for two or more

candidates in what is presumed to be a valid election. Here I have determined the election to be invalid.

[19] *Opitz* suggests that courts must not overturn elections lightly, because doing so disenfranchises not only those persons whose votes were rejected, but every elector who voted. At para. 48, the Supreme Court noted this and other potential disadvantages to vitiating an election by quoting from Professor Stephen F. Huefner, in “Remedying Election Wrongs” (2007), 44 Harv. J. on Legis. at 265, at pp. 295-96:

“48 It should be remembered that annulling an election would disenfranchise not only those persons whose votes were disqualified, but every elector who voted in the riding. That voters will have the opportunity to vote in a by-election is not a perfect answer, as Professor Steven F. Huefner writes:

... a new election can never be run on a clean slate, but will always be colored by the perceived outcome of the election it superseded. New elections may also be an inconvenience for the voters, and almost certainly will mean that a different set of voters, with different information, will be deciding the election. Moreover, there can be no guarantee that the new election will itself be free from additional problems, including fraud. In the long term, rerunning elections might lead to disillusionment or apathy, even if in the short term they excite interest in the particular contest. Frequent new elections also would undercut democratic stability by calling into question the security and efficiency of the voting mechanics....”

[20] While I bear these concerns in mind, I nevertheless conclude that I have no alternative but to order a new election for the school council of the Eliza Van Bibber School.

Tab 13

IN THE SUPREME COURT OF THE YUKON TERRITORY

Citation: *Ta'an Kwäch'än Council (In the matter of)*, 2006 YKSC 62

Date: 20061214
Docket No.: S.C. No. 06-A0102
Registry: Whitehorse

125
352
06

**IN THE MATTER OF THE ELECTION FOR CHIEF AND DEPUTY-CHIEF
FOR TA'AN KWÄCH'ÄN COUNCIL**

Between

TA'AN KWÄCH'ÄN COUNCIL

Petitioner

Before: Mr. Justice R.S. Veale

Appearances:

Debra L. Fendrick
André Roothman

Counsel for the petitioner
Counsel for Bonnie Harpe

REASONS FOR JUDGMENT

INTRODUCTION

[1] On February 3, 2006, this Court ordered that the election of Chief and Deputy-Chief of the Ta'an Kwäch'än Council should proceed. The Ta'an Kwäch'än Council applied for a declaration that the election should take place on November 20, 2006. On November 8, 2006, I declared that the election should proceed on November 20, 2006, notwithstanding the lack of a quorum at the meeting of the Board of the Ta'an Kwäch'än Council on August 27, 2006, when the election writ was issued.

[2] These are my reasons.

BACKGROUND

[3] The Ta'an Kwäch'än Council is the name of a self-governing First Nation situated near Whitehorse, Yukon. The main governing body of the Ta'an Kwäch'än Council is the Board. The Board consists of an elected Chief and Deputy-Chief and nine Family Directors who are appointed by the respective Traditional Families.

[4] The Ta'an Kwäch'än Council held its first election of Chief and Deputy-Chief on April 30, 2004. Ruth Massie was elected as Chief but the Deputy-Chief resigned shortly after the election.

[5] The election was challenged by Bonnie Harpe, the other candidate for the office of Chief. The Judicial Council of the Ta'an Kwäch'än Council ruled that the Deputy-Chief was ineligible to be a candidate and set aside the election of April 30, 2004.

[6] The 2004 Constitution of the Ta'an Kwäch'än Council requires the presence of either the Chief or Deputy-Chief in order for the Board to have a quorum to transact business. As the election of the Chief was set aside, the Board did not have a quorum.

[7] The 2004 Constitution does not have a provision setting out a procedure to appoint an Acting Chief to allow the Board to function in the absence of a Chief or Deputy-Chief. The Elders Council resolved the constitutional crisis by exercising their traditional power to appoint a Chief. On May 19, 2005, the Elders Council appointed Ruth Massie as Acting Chief. That decision was challenged in this Court by Bonnie Harpe. On February 3, 2006, this Court decided that the Elders Council had the traditional power to appoint the Acting Chief pending a new election in the unique circumstances of this constitutional group. See *Harpe v. Massie and Ta'an Kwäch'än Council*, 2006 YKSC 1. The court also declared that the election of Chief and Deputy-Chief should proceed.

[8] Since that court decision, the Board passed a new Elections Act in July 2006. This Act deleted a previous provision prohibiting members of the Ta'an Kwächän Council from running for the office of Chief if they had a current lawsuit against the First Nation. This Court recommended that amendment in *Harpe v. Massie*, cited above, to ensure that Bonnie Harpe could be a candidate in the new election.

THE ELECTION WRIT

[9] On August 27, 2006, the Board met and issued a writ for the election of Chief and Deputy-Chief to be held on November 20, 2006. The Acting Chief and six Family Directors formed the required quorum.

[10] As fate would have it, one of the Family Directors, Roberta Behn, was not a citizen of the Ta'an Kwächän Council and therefore was ineligible to sit as a Family Director. This fact was not brought to the Board's attention until after the election writ was issued.

[11] A member of Roberta Behn's family has now challenged the quorum of the Board and its authority to issue the election writ before the Judicial Council. I have previously ruled that the Judicial Council does not have the jurisdiction to review a resolution of the Elders Council. See *Harpe v. Massie*, 2005 YKSC 54. That decision applies to this resolution of the Board as well. The Judicial Council does not have the jurisdiction to review the resolution of the Board to issue an election writ for November 20, 2006.

[12] An independent Elections Office has been rented. Advertising of the election writ and the voting date has been completed.

[13] The status of the election at this hearing was that the nominations closed on October 6, 2006. Bonnie Harpe and Ruth Massie were the only candidates for the office of Chief and three citizens have been nominated for the office of Deputy-Chief. Mail-in

ballots have been mailed out and 20 mail-in ballots have been received. The advance poll was being conducted on the date of this hearing.

[14] The only uncertainty is the application before the Judicial Council to declare the election date void based on the lack of quorum at the Board meeting of August 27, 2006, when the election writ was issued for November 20, 2006.

ISSUE

[15] The issue to be determined is whether this Court has the power to declare that the future election date of November 20, 2006, should proceed and whether that power should be exercised.

ANALYSIS

[16] It is most unusual that a governing body, charged with conducting an election, applies to a court for a declaration that an election should proceed on a specific date. I draw some comfort from the fact that both candidates for the office of Chief were present in court and consented to the declaration. Bonnie Harpe, who had successfully challenged the previous election for Chief, was represented by counsel. Thus, the two protagonists from the previous contested election are consenting to a declaration that the election proceed on November 20, 2006.

[17] Generally speaking, courts deal with cases that involve challenges to past election results based on irregularities that occurred in the election process. Typically these challenges are based upon the ineligibility of candidates, the ineligibility of electors, or irregularities in the marking or counting of ballots. Courts are called upon to review the electoral process to determine whether the outcome should be confirmed or set aside.

[18] Most challenges to election outcomes arise under statutes that set out the principles for contesting elections.

[19] However, in the case of *Beamish v. Miltenberger*, [1997] N.W.T.J. No. 19 at paragraphs 30 – 31, Vertes J. found that the common law principles still existed so long as they were not clearly intended to be changed by the applicable election statute. Assuming this to be the case, the common law principles that apply to electors are summarized at paragraph 31 of *Beamish* by a quote from Lord Denning in *Morgan v. Simpson*, [1974] 3 All E.R. 722 (C.A.) at page 728:

“(1) If the election was conducted so badly that it was not substantially in accordance with the law as to elections, the election is vitiated, irrespective of whether the result was affected, or not ... (2) If the election was so conducted that it was substantially in accordance with the law as to elections, it is not vitiated by a breach of the rules or a mistake at the polls – provided that it did not affect the result of the election ... (3) But, even though the election was conducted substantially in accordance with the law as to elections, nevertheless if there was a breach of the rules or a mistake at the polls – and it did affect the result – then the election is vitiated.”

[20] The general common law principle is that the will of the people as expressed in an election will not be set aside unless the irregularity or non-compliance with election law or practice is such that the outcome would have been materially affected. Obviously any irregularity affects the election process in some way. Unless it materially affects the validity of the election results, courts will not set aside the decision of the voters.

[21] In my view, it would not be appropriate for courts to engage in the prospective assessment of electoral conduct before an election date. It makes little sense to pronounce on electoral conduct or procedures before it can be measured against the election outcome.

[22] This case is quite different. The court is not being asked to validate an election result but to decide whether or not the election should proceed when the Board that set the election date did not have the required quorum. The question is really whether the court should give certainty to the holding of the election or whether the issue of the Board's lack of quorum should be left until after the election.

[23] The citizens of the Ta'an Kwäch'än First Nation have been without an elected Chief and Deputy-Chief since April 30, 2004, some two and one half years. Part of that delay resulted from litigation to resolve the constitutional crisis on whether the Elders Council could appoint an Acting Chief pending the holding of an election. The other part of the delay was amending the Elections Act to ensure a valid election process.

[24] I have previously ordered that this election should be held. I rely upon the general supervisory or inherent jurisdiction of the court to consider whether the date of the election should be confirmed.

[25] The Supreme Court of Canada has discussed the difficulty of defining the inherent jurisdiction of a Superior Court in its decision in *MacMillan Bloedel v. Simpson*, [1995] S.C.J. No. 101. Although that decision focussed on the contempt power of a superior court, the Supreme Court described inherent jurisdiction generally at paragraph 30:

"While inherent jurisdiction may be difficult to define, it is of paramount importance to the existence of a superior court. The full range of powers which comprise the inherent jurisdiction of a superior court are, together, its "essential character" or "immanent attribute". To remove any part of this core emasculates the court, making it something other than a superior court."

[26] Again at paragraph 33, the Supreme Court stated:

"Although the inherent jurisdiction of superior courts is difficult to define, there is no doubt that the power to control its process and enforce its orders, through, in part, punishing for contempt, is within that jurisdiction. ..."

[27] In my view, the validity of the date for holding the election should not be left in doubt. There is no evidence to indicate that the lack of a quorum has, in any way, materially affected the nomination of candidates or any part of the election process to date. The Board of the First Nation had an apparent quorum when it issued the election writ. The fact that one Traditional Family erred in its nomination procedure should not be permitted to cast doubt on the validity of the election day itself.

[28] I declare that the election for Chief and Deputy-Chief of the Ta'an Kwäch'än Council shall take place on November 20, 2006, notwithstanding the lack of quorum of the Board at the time it issued the election writ. This does not in any way affect the common law or statutory jurisdiction of any elector to challenge the electoral outcome arising from flaws in the process, voting irregularities, or the ineligibility of candidates or electors that may materially affect the election result. This decision simply states that there should be no doubt that the election of Chief and Deputy-Chief should take place on November 20, 2006.

VEALE J.



Tab 14

Federal Court



Cour fédérale

Date: 20120719

Dockets: T-616-12
T-619-12
T-620-12
T-621-12
T-633-12
T-634-12
T-635-12

BETWEEN:

Docket: T-616-12

LEEEANNE BIELLI

Applicant

and

ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC
MAYRAND (CHIEF ELECTORAL
OFFICER), URMA ELLIS (RETURNING
OFFICER FOR DON VALLEY EAST), JOE
DANIEL,
YASMIN RATANSI, MARY TRAPANI
HYNES, AKIL SADIKALI, RYAN KIDD

Respondents

AND BETWEEN:

Docket: T-619-12

SANDRA MCEWING AND BILL KERR

Applicants

and

ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC
MAYRAND (CHIEF
ELECTORAL OFFICER), JOHANNA GAIL
DENESIUK (RETURNING
OFFICER FOR WINNIPEG SOUTH
CENTRE), JOYCE BATEMAN, ANITA
NEVILLE, DENNIS LEWYCKY, JOSHUA
MCNEIL, LYNDON B. FROESE,
MATT HENDERSON

Respondents

AND BETWEEN:

Docket: T-620-12

KAY BURKHART

Applicant

and

ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC
MAYRAND (CHIEF
ELECTORAL OFFICER), DIANNE
CELESTINE ZIMMERMAN
(RETURNING OFFICER FOR SASKATOON-
ROSETOWN-BIGGAR),
KELLY BLOCK, LEE REANEY, VICKI
STRELIOFF, NETTIE WIEBE

Respondents

AND BETWEEN:

Docket: T-621-12

JEFF REID

Applicant

and

**ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC
MAYRAND (CHIEF
ELECTORAL OFFICER), LAUREL DUPONT
(RETURNING OFFICER
FOR ELMWOOD-TRANScona), JIM
MALOWAY, ILONA NIEMCZYK,
LAWRENCE TOET, ELLEN YOUNG**

Respondents

AND BETWEEN:

Docket: T-633-12

**KEN FERANCE AND PEGGY WALSH
CRAIG**

Applicants

and

**ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC
MAYRAND (CHIEF
ELECTORAL OFFICER), DIANNE JAMES
MALLORY (RETURNING OFFICER FOR
NIPISSING-TIMISKAMING), JAY ASPIN,
SCOTT
EDWARD DALEY, RONA ECKERT,
ANTHONY ROTA**

Respondents

AND BETWEEN:

Docket: T-634-12

YVONNE KAKFA

Applicant

and

**ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC
MAYRAND (CHIEF
ELECTORAL OFFICER), ALEXANDER
GORDON (RETURNING
OFFICER FOR VANCOUVER ISLAND
NORTH), JOHN DUNCAN MIKE
HOLLAND, RONNA-RAE LEONARD, SUE
MOEN, FRANK MARTIN,
JASON DRAPER**

Respondents

AND BETWEEN:

Docket: T-635-12

THOMAS JOHN PARLEE

Applicant

and

**ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC
MAYRAND (CHIEF
ELECTORAL OFFICER), SUSAN J.
EDELMAN (RETURNING OFFICER
FOR YUKON), RYAN LEEF, LARRY
BAGNELL, KEVIN BARR,
JOHN STREICKER**

Respondents

CERTIFICATE OF ORDER

I HEREBY CERTIFY that the Court (Milczynski P. on July 19, 2012 ordered at the end of her Reasons for Order and Order as follows:

1. The motions be and are hereby dismissed.
2. In the event the parties cannot agree on costs, each may file written submissions no longer than three pages in length within 10 days of the date of this Order.



Registry Officer

CERTIFIED AT TORONTO, Ontario, this 19th day of July, A.D. 2012.

N. Bennett-Nelson
Registry Officer
Agent du greffe

Federal Court



Cour fédérale

Date: 20120719

Dockets: T-616-12
T-619-12
T-620-12
T-621-12
T-633-12
T-634-12
T-635-12

Citation: 2012 FC 916

Toronto, Ontario, July 19, 2012

PRESENT: Madam Prothonotary Milczynski

BETWEEN:

Docket: T-616-12

LEEEANNE BIELLI

Applicant

and

ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC
MAYRAND (CHIEF ELECTORAL OFFICER),
URMA ELLIS (RETURNING OFFICER FOR
DON VALLEY EAST), JOE DANIEL,
YASMIN RATANSI, MARY TRAPANI HYNES,
AKIL SADIKALI, RYAN KIDD

Respondents

AND BETWEEN:

Docket: T-619-12

SANDRA MCEWING AND BILL KERR

Applicants

and

**ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC
MAYRAND (CHIEF
ELECTORAL OFFICER), JOHANNA GAIL
DENESIUK (RETURNING
OFFICER FOR WINNIPEG SOUTH
CENTRE), JOYCE BATEMAN, ANITA
NEVILLE, DENNIS LEWYCKY, JOSHUA
MCNEIL, LYNDON B. FROESE,
MATT HENDERSON**

Respondents

AND BETWEEN:

Docket: T-620-12

KAY BURKHART

Applicant

and

**ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC
MAYRAND (CHIEF
ELECTORAL OFFICER), DIANNE
CELESTINE ZIMMERMAN
(RETURNING OFFICER FOR SASKATOON-
ROSETOWN-BIGGAR),
KELLY BLOCK, LEE REANEY, VICKI
STRELIOFF, NETTIE WIEBE**

Respondents

AND BETWEEN:

Docket: T-621-12

JEFF REID

Applicant

and

**ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC
MAYRAND (CHIEF
ELECTORAL OFFICER), LAUREL DUPONT
(RETURNING OFFICER
FOR ELMWOOD-TRANScona), JIM
MALOWAY, ILONA NIEMCZYK,
LAWRENCE TOET, ELLEN YOUNG**

Respondents

AND BETWEEN:

Docket: T-633-12

KEN FERANCE AND PEGGY WALSH CRAIG

Applicants

and

**ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC
MAYRAND (CHIEF
ELECTORAL OFFICER), DIANNE JAMES
MALLORY (RETURNING OFFICER FOR
NIPISSING-TIMISKAMING), JAY ASPIN,
SCOTT
EDWARD DALEY, RONA ECKERT,
ANTHONY ROTA**

Respondents

AND BETWEEN:

Docket: T-634-12

YVONNE KAKFA

Applicant

and

**ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC
MAYRAND (CHIEF
ELECTORAL OFFICER), ALEXANDER
GORDON (RETURNING
OFFICER FOR VANCOUVER ISLAND
NORTH), JOHN DUNCAN MIKE
HOLLAND, RONNA-RAE LEONARD, SUE
MOEN, FRANK MARTIN,
JASON DRAPER**

Respondents

AND BETWEEN:

Docket: T-635-12

THOMAS JOHN PARLEE

Applicant

and

**ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC
MAYRAND (CHIEF
ELECTORAL OFFICER), SUSAN J.
EDELMAN (RETURNING OFFICER
FOR YUKON), RYAN LEEF, LARRY
BAGNELL, KEVIN BARR,
JOHN STREICKER**

Respondents

REASONS FOR ORDER AND ORDER

Background - The Applications

[1] The main applications comprising the within proceedings are seven separate applications brought under section 524(1)(b) of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c.9, to contest the results of the May 2, 2011 federal general election in each of the seven respective ridings to which the applications relate:

- Don Valley East
- Winnipeg South Centre
- Saskatoon-Rosetown-Biggar
- Elmwood-Transcona
- Nipissing-Timiskaming
- Vancouver Island North
- Yukon

[2] The grounds for the applications are stated in an essentially identical manner in each of the seven notices of applications, that "during the course of the election, a person or persons unknown engaged in fraudulent or corrupt or illegal activities and practices that affected the result of the election in the riding by attempting to prevent electors from voting in the election, or by inducing them to refrain from voting for a particular candidate".

[3] Specifically, the Applicants state that they received live and/or automated telephone calls that:

- (i) represented the call as one from or on behalf of Elections Canada;
- (ii) advising that there was a change in their polling station; and

(iii) misdirecting them to a non-existent polling station, sometimes in an inconvenient or far away location.

[4] Certain of the Applicants also allege that they received telephone calls during the election campaign that were of an abusive or harassing nature, designed to be linked (falsely) to a particular candidate that the recipient of the call might have supported.

[5] The Applicants allege that these live and automated (or "robo") calls were not isolated incidents, errors or pranks, but part of a deliberate, widespread and concerted campaign to manipulate, interfere with or suppress the vote, with the intent of influencing the outcome of the election in each of the ridings where this campaign was executed. The Applicants also allege that the recipients of these calls were specifically targeted to receive them. They state that only supporters of the Liberal, New Democratic and Green parties received the fraudulent calls, after having responded to earlier calls canvassing their support for the Conservative Party of Canada ("CPC"), and where the recipient of the call indicated that they would not be supporting the CPC candidate in their riding.

Issue on Motions and Summary of Disposition - Motions Dismissed

[6] The seven Respondents who were the successful CPC candidates on May 2, 2011 and are the current sitting Members of Parliament, have each filed a motion to strike the application that relates to their respective riding that is in issue. These motions are brought at this preliminary stage, before all evidence has been filed, cross-examinations conducted and a full record, including argument has been placed before the Court and a hearing is conducted on the merits of the applications.

[7] The Respondent MPs seek an exceptional remedy, but it is one available under the *Canada Elections Act* to guard against abuses of the ability to contest elections. Elections are the democratically expressed will of the electorate and should not lightly be overturned. Nor should the ability to contest elections be used for improper purposes, where a candidate or elector simply disagrees with or does not like the result. Applications brought under the *Act* can be struck and dismissed in a summary way at any time, where the grounds for such motion have clearly been made out.

[8] In the case of the within motions and for the reasons below, however, I am not satisfied that the applications should be struck at this juncture.

[9] The Respondent MPs submit on these motions that the applications are frivolous and vexatious and on their face are fatally flawed. They submit that the notices of application, as drafted, fail to plead sufficient material facts to sustain a finding that in fact there was a campaign of voter suppression, that any number of ballots were prevented from being cast and that consequently, there could be no impact on the election results in each of the ridings in issue, having regard to the margins of victory of each of the Respondent MPs in their ridings. The Respondent MPs also submit that the applications are a nullity on the grounds that they were each commenced well beyond the thirty day time limit within which an application can be commenced under the *Canada Elections Act* to contest election results.

[10] Notwithstanding these submissions, however, and whatever hurdles the Applicants may face on these applications as identified by the Respondent MPs on this motion, I cannot conclude

that it is so clear or without doubt that the applications will fail on those grounds so as to lead to the applications being struck at this stage. It is not a certainty that the notices of application, as drafted, are so fatally flawed that no allegation could ever be proven or remedy granted. The issues and objections raised by the Respondent MPs are better raised and argued on a full record at the hearing of the applications on their merits.

[11] Far from being frivolous or vexatious, or an obvious abuse, the applications raise serious issues about the integrity of the democratic process in Canada and identify practices that if proven, point to a campaign of activities that would seek to deny eligible voters their right to vote and/or manipulate or interfere with that right being exercised freely - all of which if permitted to escape even the prospect of judicial scrutiny, could shake public confidence and trust in the electoral process and in those who in good faith stand for public office.

[12] This is not to say that every application that is ever filed that alleges fraudulent, corrupt or illegal activity should survive a motion to dismiss and proceed to a hearing. The Court on a motion to strike must be vigilant so as to not permit the abusive or improper casting of doubt on the integrity of the electoral process. Permitting an obviously frivolous and vexatious application to proceed itself diminishes the electoral process. An application to set aside election results must be brought in good faith, on grounds that are clear and based on a reasonable foundation. Accusations and bare assertions will not sustain an application to annul the results of an election.

[13] In the within applications, the allegations of voter suppression and an organized campaign of fraudulent and harassing telephone calls, particularly on the scale alleged, has never been the subject of an application under section 524(1)(b) of the *Canada Elections Act*. Despite considerable jurisprudence about electoral irregularities, the cases generally deal with irregularities at polling stations, the eligibility of electors or the propriety or validity of ballots that are "in the box". Despite the able argument of counsel for the Respondent MPs, it cannot be concluded at this stage of the proceedings that the same approach, test or evidentiary requirements that apply in those types of cases, apply in the same way in the circumstances of the within applications. It has not yet been determined in a case like the within applications – (1) how to ascertain the true effect of fraudulent calls and/or determine what votes if any, did not make it "into the box", or (2) how to evaluate whether or how the fraudulent calls had an impact on the results of the election. This is a case of first instance, and it is not a foregone conclusion how a court will approach such issues on the merits.

[14] The Applicants have set out their allegations of wrongdoing within the scope of section 524(1) (b) and have identified and/or set out in their material the evidence they intend to adduce to prove the allegations of fraudulent, corrupt and illegal practices, and their impact on the election results. The admissibility and sufficiency of this evidence ought not to be determined on a motion to strike – particularly in light of the *Canada Elections Act* requirement that the applications be determined in a summary way and without delay. It is a determination properly left to the hearing on the merits.

[15] With respect to whether the seven applications were commenced out of time, this is an issue that requires a full evidentiary record. It cannot be concluded at this juncture simply on the basis of inference and argument that the Applicants as a group or any of them, sat on their rights until after the time for bringing the application had expired. It is an open and unresolved issue at this stage, whether the applications were commenced within 30 days after the later of the day the election results were certified and the day on which the Applicant(s) first knew or should have known of the occurrence of the alleged fraud, or corrupt or illegal practice. What the individual Applicants knew or should have known cannot be determined on what is before the Court on this motion and requires their evidence and cross-examination for a finding of fact to be made in this regard.

Legislative Framework

Canada Elections Act

Means of contestation

522. (1) The validity of the election of a candidate may not be contested otherwise than in accordance with this Part.

Contestation of election

524. (1) Any elector who was eligible to vote in an electoral district, and any candidate in an electoral district, may, by application to a competent court, contest the election in that electoral district on the grounds that....

(b) there were irregularities, fraud or corrupt or illegal practices that affected the result of the election;

Rules of procedure

525. (3) An application shall be dealt with without delay and in a summary way. The court may, however, allow oral evidence to be given at the hearing of the application in specific circumstances;

Time limit

524(1) (b) must be filed within 30 days after the later of

- (a) the day on which the result of the contested election is published in the *Canada Gazette*, and
- (b) the day on which the applicant first knew or should have known of the occurrence of the alleged irregularity, fraud, corrupt practice or illegal practice

Dismissal of application and Court Decision

531. (1) The court may at any time dismiss an application if it considers it to be vexatious, frivolous or not made in good faith.

(2) After hearing the application, the court may dismiss it if the grounds referred to in paragraph 524(1) (a) or (b), as the case may be, are not established and, where they are established, shall declare the election null and void or may annul the election, respectively.

Appeal

532. (1) An appeal from a decision made under subsection 531(2) lies to the Supreme Court of Canada on any question of law or fact, and must be filed within eight days after the decision was given.

Procedure

(2) The Supreme Court shall hear the appeal without delay and in a summary manner.

Applicable Test on Motion to Strike under *Canada Elections Act*

[16] A motion to strike an application commenced under section 524(1)(b) of the *Canada Elections Act* is brought pursuant to section 531(1) of the *Act*, which makes clear that the court may at any time dismiss an application that it considers to be vexatious, frivolous or not made in good faith. An application to contest an election under section 524(1) (b) of the *Canada Elections Act* is not an application for judicial review brought under the section 18.1 of the *Federal Courts Act*. It is also not an action, governed by the *Federal Court Rules* relating to pleadings and the conduct of an action.

[17] Accordingly neither the test to strike an application under section 18.4 of the *Federal Courts Act* nor the test to strike an action under Rule 221 of the *Federal Courts Rules* strictly

apply to the within motions brought under the *Canada Elections Act*, but they do inform the analysis as to when and on what basis or grounds it is appropriate for the Court to extinguish a proceeding at an early stage. The analysis and cases considering the meaning of “scandalous, frivolous or vexatious” under Rule 221(c) of the *Federal Courts Rules* are particularly helpful.

Actions may be dismissed where:

- (i) The statement of claim is so deficient that the opposing party does not know the case to meet or make full answer and defence;
- (ii) The statement of claim does not plead sufficient material facts so as to sustain a cause of action; and/or
- (iii) The claim is so clearly futile that it is “plain and obvious” that it cannot succeed.

[18] In the within case, the Court must review the notice of applications and determine on the face of the applications, whether the Respondent MPs can understand the allegations being made, whether there is any complaint or allegation that if proven, could lead to the remedy sought, or whether an application is clearly vexatious or frivolous, or not brought in good faith. Such finding may be made in cases where the pleading is abusive, scandalous or wholly lacking in material facts, containing only bare assertions, conclusions of law or bald statements or argument.

[19] In the within applications, I agree with the Respondent MPs that the Applicants must at a minimum set out in their Notice(s) of Application:

- (i) that there was conduct which if proven, would constitute an “irregularity, fraud, corrupt practice or illegal practice;
- (ii) that the alleged conduct “affected the result of the election” in each of the challenged ridings; and

(iii) that the impact or “affect” on the election in the riding was material – in the sense that election result would have been different but for the alleged conduct.

[20] The application of this test, requiring a proceeding to be “clearly futile” or “plain and obvious” to be without merit, is consistent with the approach taken in other cases where statutes provide for the early dismissal of applications on grounds that they are “scandalous, frivolous or vexatious”. Appropriate reference is made to test of striking of actions under Rule 221 of the *Federal Courts Rules* (see for example: *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc* 1999 CanLII 8371 (FC); and *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.* 2007 FCA 163).

Are the Applications Out of Time?

[21] As noted above, section 527 of the *Canada Elections Act* requires that an application to contest an election be filed within 30 days after the later of (1) the day the result of the contested election is published in the Canada Gazette, and (2) the day the applicant first knew or should have known of the occurrence of the alleged irregularity, fraud, or corrupt or illegal practice.

[22] What an applicant “should have known” is a factual inquiry, guided by the principles developed in the case law with respect to discoverability and the reasonable inferences that can be drawn from the facts and surrounding circumstances of a particular case. It is not a determination based on the subjective or individual perception or experience, but what is reasonable to conclude regarding what a person ought to have known in the circumstances.

[23] The Respondent MPs submit that even as acknowledged by each of the Applicants and as set out in the Notices of Application, it is uncontested that before and/or on election day, the Applicants received a live and/or automated telephone call advising them of a polling station change that they knew immediately or shortly thereafter to be information that was incorrect. With the exception of the Applicant Leeanne Bielli, all of the Applicants voted. The Respondent MPs also submit that with respect to the harassing telephone calls disguised as canvassing calls, the Notices of Application suggest that the recipients of those calls knew they were bogus or at least suspicious and were not influenced by them in how they voted.

[24] Aware that they received incorrect or improper telephone calls, the Respondent MPs state that the clock immediately began to run on the 30 days and that at the latest, the Applicants needed to commence their applications to contest the election on or before June 20, 2011, the day the results were published in the Canada Gazette.

[25] The Applicants submit that although concluding the calls were strange and conveying incorrect information at around the time they were received, they had no way to know, no reason to believe or even suspect, that the calls were not an isolated or random prank call, but part of what they now allege to be a wider scheme of voter suppression, interference and manipulation – possibly constituting a fraudulent, or corrupt or illegal practice within the meaning of the *Canada Elections Act*.

[26] The Notices of Application also state that the Applicants were unaware of any alleged fraudulent, corrupt or illegal practices until the media began reporting in February-March of

2012, the “robo-call” story affecting the riding of Guelph, Ontario and the ongoing investigation conducted by Elections Canada. It was then that the Applicants say they “connected the dots” and concluded that what had happened to them so many months earlier was the same thing and part of something that was organized and deliberate.

[27] The Applicants state that they had no reason to suspect that any person or persons would engage in a campaign of voter suppression or dirty tricks as is now alleged, and that it is not reasonable to find that they or any other elector who received such calls were required to immediately report them or commence an application under the *Canada Elections Act* to contest the election. The Applicants state that at the time they received the strange, dubious or erroneous call(s), they had no reason to believe it was not something received in isolation, and had no reason to know or believe that it might be part of something bigger or orchestrated.

[28] This issue of whether the applications were commenced out of time and are now barred from proceeding cannot be determined on this summary motion to dismiss. When should have the Applicants known? It is not as clear as the Respondent MPs submit, that any reasonable person aware of all of the facts and surrounding circumstances would have known, as the Applicants should have known at the time they received the call(s) that they were or could have been part of a fraud or corrupt or illegal practice committed during the election campaign and that their time to commence an application to contest the results of the election began to run. If a clear and certain disposition of the issue cannot be made on the material filed on this motion, then the issue of timeliness must and can only be determined on a full record at the hearing of the applications on their merits.

Are the Applications Fatally Flawed and Certain to Fail?

[29] The Respondent MPs submit that the test under section 524(1) of the *Canada Elections Act* for annulling an election, requires the Applicants to prove that:

- (i) there was an irregularity, fraud, corrupt or illegal practice;
- (ii) that affected the result of the election; and
- (iii) that the impact on the election results be established by proving that the number of votes affected by the irregularity/fraud/corrupt or illegal practice, was greater than the margin of victory.

[30] The Respondent MPs submit that in the manner the Applicants have framed the proceedings, and taking account the material facts pleaded, it is impossible for the Applicants to satisfy this test. The Respondent MPs address the first branch of the test – whether the Applicants have pleaded sufficient material facts that if proven, establish that there was fraud, or corrupt or illegal practices committed during last federal general election (submitting they do not). They also rely on the second and third branches of the test and submit that on the basis of what is pleaded, the Applicants without doubt, cannot establish that to the extent there were any improper practices, that those practices affected the results of the election or that the margin of victory of the Respondent MPs should or would be decreased or eliminated so as to set aside the result. They state that it is essentially a foregone conclusion that the Court will be unable to find that any irregularity or improper practices affected an amount of votes equal to or greater than the margin of the majority claimed, and that consequently the applications would be an essentially futile abuse if they proceed (*Blanchard v. Cole*, [1950] 4 DLR 316 (NSCA); *O'Brien v. Hamel*, [1990] 73. O.R. (2d) 87 (H.C.).

[31] The Respondent MPs also point out that with the exception of the Applicant Ms. Bielli, all of the other Applicants cast their vote in either the advance polls or on election day, and that there is no direct evidence described by the Applicants as forthcoming that will establish that any voter was influenced by or prevented from voting as a consequence of receiving one of the impugned live or automated telephone calls, (as required to set aside an election: *Di Biase v. Vaughan (City)*, 2007 CarswellOnt 8775 (C.A.) aff'g 2007 CarswellOnt 5876 (S.C.J.). – see also *Gross v. Wiebe*, [1976], W.W.R. 394 (Sask.C.A.)).

[32] In the written representations filed by each of the Respondent MPs, they state:

In lieu of factual accounts of actual electors who failed to vote, the applicants rely on “empirical analysis of voter turnout and trends” and claim that a so-called “voter suppression” campaign resulted in a decline in voter turnout “of an average of 3%”.

The Respondent MPs submit that such social science evidence is not sufficient, and that in the absence of any other material facts, the Court will be unable to conclude that the results of the election were affected at all, or to the requisite extent such that a Court could order that the election result ought to be annulled.

[33] The Applicants do not dispute or disagree with the Respondent MPs regarding the general framework or test the Court must apply on any determination of an election challenge on its merits. The Applicants acknowledge it is their burden to establish that (1) there was fraud or corrupt or illegal practices; (2) that affected the results of the election; such that (3) the plurality or margin of victory should be diminished or eliminated, requiring the results to declared null and void or annulled. The difference between the parties is what evidence is relevant and admissible, and how the analysis should be conducted by the Court to make its findings.

[34] The Applicants state that in election challenges that deal with votes that were never cast due to fraud or corrupt or illegal practices (such as voter suppression or voter intimidation cases), it is impossible to conduct a reliable or realistic vote or body count and engage in a meaningful analysis of whether these phantom or non-existent votes affect the margin of victory of any of the Respondent MPs. It cannot simply be a quantitative or arithmetic exercise in such cases – because the court cannot count what is not there. The Applicants also submit that it is unreasonable and even improper to expect individual eligible electors to self-identify en masse to facilitate such non-vote count analysis.

[35] With respect to the Notices of Application, the Applicants set out in detail, what practices they allege constitute voter suppression or harassment and the manner in which they were conducted, including calls directing them to incorrect polling stations. The Applicants rely on newspaper reports of “robo-calls” and the ongoing Elections Canada investigations into allegations of voter suppression in other ridings.

[36] In support of the applications, the individual Applicants have filed affidavits setting out their own experience with live and automated telephone calls during the election campaign. The Applicants also rely on the affidavit of Annette Desgagne, a former employee of RMG, a company retained by the CPC and some CPC candidates to call voters during the election campaign. There is also the affidavit of Robert Penner, described as “an expert in the development and implementation of sophisticated voter contact programs” who sets out his information about how supporters of a candidate are identified and contacted; and his opinion regarding the character and source of the

misdirecting and harassing calls in the seven ridings in issue in the within applications. Finally, the Applicants rely on the affidavit of Frank Graves, of EKOS Research Associates Inc., who is described as an expert in research methodology and statistical analysis, and whose evidence includes his expert opinion, based on his survey of electors, about the impact the live and automated calls had on the results of the elections in each of the seven ridings in issue.

[37] With respect to how the results of the election in the seven ridings were affected, and the possible impact on the margin of victory or plurality, the Applicants state in the Notices of Application:

The effectiveness of voter suppression techniques, such as those that have been reported to have taken place during the election, can be estimated through empirical analysis of voter turnout and trends. This analysis suggests that techniques, such as calls misdirecting voters to the wrong poll, or harassing calls intended to discourage voters from supporting political opponents, resulted in a decline in voter turnout of an average of 3%.

A 3% reduction in voter turnout is equivalent in a typical riding to 2,500 eligible voters that did not go to the polls.

[38] Whether this material is sufficient is not the issue on this motion; it is not for the Court to assess or determine the admissibility or sufficiency of the evidence on a motion strike. The Applicants and Respondent MPs clearly take a different approach as to what evidence can or must be adduced and what analysis be conducted in voter suppression cases.

[39] The Respondent MPs urge the approach relied upon in cases that deal with challenges to the eligibility of electors or to the votes or ballots actually cast - - whether they should be found to be

valid and counted, or set aside. As noted in *Wrzesnewskyj v. Attorney General (Canada)*, 2012 ONSC 2873 (CanLII), at paras. 70-72:

70. This takes me to the heart of the test: What is required to establish that an irregularity affected the result of the election?

71. The case law suggests that this is a narrow question and generally, the parties agree. “[I]f the number of irregular votes exceeds the plurality of the votes cast, the election cannot stand....The plurality, the number of votes that must be set aside before an election can be declared invalid, has been referred to in cases such as this as a ‘magic number’

72. The question to be asked in determining whether an election should be set aside has been expressed in different ways:

- Were there ballots in the box that should not have been there?...
- Were there persons who voted who”...should not have been permitted to vote...?

These questions require a reviewing court to identify the irregularity and the consequence of its impact, analyze each impugned ballot, individually or as part of a group that may be subject to the same irregularity, and then if applicable, total up the ones that should not have been included and determine whether the number of ballots set aside, equals or exceeds the plurality.

[40] The Respondent MPs submit it is necessary in a similar manner, for the Applicants to specifically identify and quantify the affected voters and ballots that should have been in the box but were prevented from being cast, and that there be a sufficient number of these “but for” ballots that would affect the result of the election. The Applicants submit a different evidentiary basis or analysis must be adopted to establish whether or how election results were affected in voter suppression cases. Which is the correct test or approach in a case alleging voter suppression is not clear.

[41] In the absence of clear authority on this issue, it cannot be concluded that the applications are “utterly devoid of merit” so as to warrant their summary dismissal. The Respondent MPs’ motions must be dismissed, and the matters of the sufficiency of evidence and the appropriate test be determined at the hearing of the applications on the merits.

Conclusion

[42] The Notices of Application set out the allegations, the basis on which the allegations are made and the remedy sought. Whether or not they will succeed is not certain, but I am not satisfied that the applications are so flawed in the manner argued by the Respondent MPs, that it would be a clearly futile and wasteful exercise to proceed to a hearing on the merits.

[43] As the Applicants point out, Elections Canada does not have the authority to annul or otherwise set aside the result of an election that may have been affected by fraud or corrupt or illegal activity. That authority is exclusively accorded to a court as defined by the *Canada Elections Act*, upon the application of a candidate or an elector eligible to vote in the riding in question.

[44] Both parties point out that applications under section 524(1) of the *Canada Elections Act* must be determined in a summary way, without delay. Accordingly, the parties are referred to the order of the lead Case Management Judge, Prothonotary Aronovitch dated May 25, 2012 as subsequently revised, and are urged to move these applications along to a hearing as quickly as possible.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The motions be and are hereby dismissed.

2. In the event the parties cannot agree on costs, each may file written submissions no longer than three pages in length within 10 days of the date of this Order.

“Martha Milczynski”

Prothonotary,
Case Management Judge

FEDERAL COURT

SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: T-616-12

STYLE OF CAUSE: LEEANNE BIELLI v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC MAYRAND (CHIEF ELECTORAL OFFICER), URMA ELLIS (RETURNING OFFICER FOR DON VALLEY EAST), JOE DANIEL, YASMIN RATANSI, MARY TRAPANI HYNES, AKIL SADIKALI, RYAN KIDD

DOCKET: T-619-12

STYLE OF CAUSE: SANDRA MCEWING AND BILL KERR v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC MAYRAND (CHIEF ELECTORAL OFFICER), JOHANNA GAIL DENESIUK (RETURNING OFFICER FOR WINNIPEG SOUTH CENTRE), JOYCE BATEMAN, ANITA NEVILLE, DENNIS LEWYCKY, JOSHUA MCNEIL, LYNDON B. FROESE, MATT HENDERSON

DOCKET: T-620-12

STYLE OF CAUSE: KAY BURKHART v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC MAYRAND (CHIEF ELECTORAL OFFICER), DIANNE CELESTINE ZIMMERMAN (RETURNING OFFICER FOR SASKATOON-ROSETOWN-BIGGAR), KELLY BLOCK, LEE REANEY, VICKI STRELIOFF, NETTIE WIEBE

DOCKET: T-621-12

STYLE OF CAUSE: JEFF REID v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC MAYRAND (CHIEF ELECTORAL OFFICER), LAUREL DUPONT (RETURNING OFFICER FOR ELMWOOD-TRANSCONA), JIM MALOWAY, ILONA NIEMCZYK, LAWRENCE TOET, ELLEN YOUNG

DOCKET: T-633-12

STYLE OF CAUSE: KEN FERANCE AND PEGGY WALSH CRAIG v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC MAYRAND (CHIEF ELECTORAL OFFICER), DIANNE JAMES MALLORY (RETURNING OFFICER FOR NIPPISSING-TIMISKAMING), JAY ASPIN, SCOTT EDWARD DALEY, RONA ECKERT, ANTHONY ROTA

DOCKET: T-634-12

STYLE OF CAUSE: YVONNE KAKFA v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC MAYRAND (CHIEF ELECTORAL OFFICER), ALEXANDER GORDON (RETURNING OFFICER FOR VANCOUVER ISLAND NORTH), JOHN DUNCAN MIKE HOLLAND, RONNA-RAE LEONARD, SUE MOEN, FRANK MARTIN, JASON DRAPER

DOCKET: T-635-12

STYLE OF CAUSE: THOMAS JOHN PARLEE v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, MARC MAYRAND (CHIEF ELECTORAL OFFICER), SUSAN J. EDELMAN (RETURNING OFFICER FOR YUKON), RYAN LEEF, LARRY BAGNELL, KEVIN BARR, JOHN STREICKER

PLACE OF HEARING: Toronto, Ontario

DATE OF HEARING: June 25, 2012

REASONS FOR ORDER AND ORDER: Milczynski, P

DATED: July 19, 2012

APPEARANCES:

Mr. Steven Shrybman FOR THE APPLICANTS
Ms. Lucy Draper-Chislett(student)

Mr. Arthur Hamilton FOR THE RESPONDENT
Mr. Ted Frankel
Mr. Chris Selby(student)

SOLICITORS OF RECORD:

Sack, Goldblatt
Barristers and Solicitors
Ottawa, Ontario
Cassels Brock
Barristers and Solicitors
Toronto, Ontario

FOR THE APPLICANTS

FOR THE RESPONDENT

Tab 15

Pacific National Investments Ltd. *Appellant*

v.

The Corporation of the City of Victoria *Respondent*

and between

The Corporation of the City of Victoria *Appellant*

v.

Pacific National Investments Ltd. *Respondent*

INDEXED AS: PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. *v.*
VICTORIA (CITY)

Neutral citation: 2000 SCC 64.

File No.: 27006.

2000: May 25; 2000: December 14.

Present: Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Municipal law — Zoning — Development of lands — Developer suing municipality for breach of contract following “down-zoning” of lots — Whether municipality liable to pay damages under implied contractual term that municipality would not rezone before expiration of reasonable period of time — Whether implied term ultra vires and contrary to public policy — Whether implied term illegally fettering municipality’s discretionary legislative powers.

Land titles — Subdivision of land — Transfer of title to Crown — Land title legislation providing in certain circumstances for a deemed transfer of title to Crown and extinguishment of fee simple — Water lots part of subdivided area on subdivision plan — Whether land title legislation applicable to any subdivided land or

Pacific National Investments Ltd. *Appelante*

c.

La Corporation de la ville de Victoria *Intimée*

et entre

La Corporation de la ville de Victoria *Appelante*

c.

Pacific National Investments Ltd. *Intimée*

RÉPERTORIÉ: PACIFIC NATIONAL INVESTMENTS LTD. *c.*
VICTORIA (VILLE)

Référence neutre: 2000 CSC 64.

Nº du greffe: 27006.

2000: 25 mai; 2000: 14 décembre.

Présents: Les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit municipal — Zonage — Aménagement de terrains — Promoteur immobilier poursuivant une municipalité pour inexécution de contrat à la suite de la modification du zonage de certains lots — La municipalité est-elle tenue de verser des dommages-intérêts en vertu d'une clause contractuelle implicite selon laquelle elle ne modifiera pas le zonage avant l'expiration d'un délai raisonnable? — La clause implicite est-elle ultra vires et contraire à l'ordre public? — La clause implicite constitue-t-elle une entrave illicite aux pouvoirs de réglementation discrétionnaires de la municipalité?

Titres de propriété — Lotissement — Cession du droit de propriété à l’État — Mesure législative concernant les titres fonciers établissant, dans certaines circonstances, une présomption de cession du droit de propriété à l’État et d’extinction de la propriété en fief simple — Plans d’eau faisant partie du secteur loti figurant dans

only to adjoining land — Land Title Act, R.S.B.C. 1979, c. 219, s. 108(2).

In 1987, the respondent City and BCEC, a Crown corporation, signed an umbrella agreement (“Master Agreement”) to redevelop certain lands located around the City’s harbour. Under the Master Agreement, BCEC would develop “Phase I” and would sell the “Phase II” area. The Master Agreement was authorized by City Council and was registered as a restrictive covenant under s. 215 of the *Land Title Act*. The appellant developer (“PNI”) entered into an agreement to purchase the Phase II area from BCEC. The agreement was binding only if the City granted the subdivision of the lands and passed the requisite zoning, which it did. In 1988, PNI deposited the subdivision plan. It developed and sold three lots but when PNI’s plans for the development of the two water lots became known, objections were raised to the transformation of the harbourfront. These plans included three-storey buildings, restaurants and other commercial establishments. City Council decided to rezone the water lots so as to prevent additional residential development and to restrict the height of the buildings. PNI sued for breach of contract and maintained that this “down-zoning” was in breach of the City’s implied obligations under the Master Agreement and thus in breach of PNI’s rights as successor to BCEC under the Master Agreement. In the alternative, it claimed restitution for unjust enrichment for the parks and other amenities that it had constructed and which the City would benefit from. The trial judge found the City liable for breach of contract. The Court of Appeal set aside the judgment and remitted the matter for trial on the remaining issue of restitution for unjust enrichment.

Held (Major, Bastarache and Binnie JJ. dissenting on the appeal): The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

(1) *Cross-appeal*

The City’s argument that PNI did not own the water lots must fail. Section 108(2) of the *Land Title Act* did not vest these lots in the Province when PNI deposited its subdivision plan at the land titles office. Given its clear confiscatory effect, s. 108(2) should be strictly

le plan de lotissement — La mesure législative concernant les titres fonciers s’applique-t-elle à tout terrain loti ou uniquement aux biens-fonds contigus? — Land Title Act, R.S.B.C. 1979, ch. 219, art. 108(2).

En 1987, la ville intimée et la BCEC, une société d’État, ont conclu un accord-cadre visant le réaménagement de certains terrains situés autour du port de la Ville. Aux termes de cet accord-cadre, la BCEC aménagerait la «phase I» et vendrait le secteur de la «phase II». L’accord-cadre a été approuvé par le conseil municipal et a été enregistré à titre d’engagement de ne pas faire en vertu de l’art. 215 de la *Land Title Act*. Le promoteur immobilier appelant («PNI») a conclu avec la BCEC un contrat d’achat du secteur de la phase II, qui ne serait exécutoire que si la Ville approuvait le lotissement des terrains et adoptait le zonage nécessaire, ce qu’elle a fait. En 1988, la PNI a déposé le plan de lotissement. Elle a aménagé et vendu trois lots, mais lorsque les plans de la PNI concernant l’aménagement des deux plans d’eau devinrent connus, on s’est opposé à la transformation de la façade portuaire. Ces plans comprenaient la construction d’immeubles de trois étages, de restaurants et d’autres établissements commerciaux. Le conseil municipal a décidé de modifier le zonage des plans d’eau afin d’interdire la construction d’un autre ensemble résidentiel et de limiter la hauteur des immeubles. La PNI a intenté une action pour inexécution de contrat et a soutenu que cette modification de zonage contrevenait aux obligations implicites qui incombaient à la Ville aux termes de l’accord-cadre, et ainsi aux droits que la PNI possédait, à titre de successeur de la BCEC, en vertu du même accord. Subsidiairement, elle a demandé la restitution pour enrichissement sans cause à l’égard des parcs et des autres installations qu’elle avait aménagés et dont la Ville bénéficierait. Le juge de première instance a conclu à la responsabilité de la Ville pour inexécution de contrat. La Cour d’appel a infirmé ce jugement et renvoyé l’affaire à procès sur la question résiduelle de la restitution pour enrichissement sans cause.

Arrêt (les juges Major, Bastarache et Binnie sont dissidents quant au pourvoi principal): Le pourvoi principal et le pourvoi incident sont rejettés.

(1) *Pourvoi incident*

L’argument de la Ville selon lequel la PNI ne possérait pas les plans d’eau doit être rejeté. Le paragraphe 108(2) de la *Land Title Act* n’a pas eu pour effet d’attribuer ces lots à la province au moment où la PNI a déposé son plan de lotissement au bureau d’enregistrement.

construed. The section is not concerned with the lots created through subdivision but with other areas within the titled land that amount to remainders. On this interpretation, the water lots do not fall within the scope of s. 108(2) since they are part of the subdivided area on the subdivision plan and are in no way remainders.

(2) Appeal

Per Gonthier, Iacobucci, Arbour and LeBel JJ.: Under the provincial legislation, the City did not have the capacity to make and be bound by an implied term to keep the zoning in place for a number of years and to pay damages if it modified it. Section 963 of the *Municipal Act* provides for the power to zone by by-law. On its face, the statute provides for no power to constrain the future use of this legislative power and the legislature has generally considered that municipalities should not pay compensation for how they use this legislative power. These principles all militate against PNI's case from the outset. Nor can PNI find the capacity it seeks through s. 215 of the *Land Title Act* or through s. 980(5) of the *Municipal Act*. Under s. 215(3), although the BCEC covenant in favour of the City was registered, the City is not bound to keep zoning that would allow BCEC or its successor PNI to fulfill its plans. Section 215(3) was clearly intended to provide that a covenant was still binding on the covenantor, even when the covenantee had not signed it. Section 980(5), which provided that a development permit was binding on the municipality once issued and might even prevent rezoning, has no application in this case since PNI did not have a development permit for the water lots. Lastly, a comparison with the prior and subsequent legislative schemes in B.C. makes it clear that under the legislation applicable at the time of the events in this case, implied terms such as the one alleged by PNI were without any statutory authorization. B.C. abolished the land use contracts system enabling municipalities to commit to particular zoning by contract in 1978, and it is only in 1993 that B.C. municipalities were permitted to request amenities in exchange for zoning. As well, prior to 1998, although municipalities could enter into long-term commitments related to their business and proprietary

ment foncier. Étant donné son effet clairement spoliateur, le par. 108(2) doit être interprété strictement. Il vise non pas les lots résultant d'un lotissement, mais plutôt les autres secteurs qui constituent le reste du bien-fonds visé par le droit de propriété. Suivant cette interprétation, les plans d'eau ne sont pas visés par le par. 108(2) étant donné qu'ils font partie du secteur loti figurant dans le plan de lotissement et qu'ils ne sont aucunement résiduels.

(2) Pourvoi principal

Les juges Gonthier, Iacobucci, Arbour et LeBel: Selon la mesure législative provinciale en cause, la Ville ne pouvait pas établir une clause implicite (ni être liée par une telle clause) selon laquelle elle maintiendrait le zonage pendant un certain nombre d'années et payerait des dommages-intérêts si elle le modifiait. L'article 963 de la *Municipal Act* confère le pouvoir de zoner par règlement. À première vue, la Loi n'accorde aucun droit de limiter l'exercice futur de ce pouvoir de réglementation et le législateur a considéré, de manière générale, que les municipalités ne devraient verser aucune indemnité pour la façon dont elles exercent ce pouvoir de réglementation. Au départ, ces principes militent tous contre la thèse de la PNI. La PNI ne peut pas non plus trouver la capacité qu'elle cherche dans l'art. 215 de la *Land Title Act* ou le par. 980(5) de la *Municipal Act*. En vertu du par. 215(3), même si l'engagement de la BCEC en faveur de la Ville était enregistré, la Ville n'était pas tenue de maintenir en vigueur le zonage qui permettrait à la BCEC, ou à son successeur la PNI, de réaliser ses projets. Le paragraphe 215(3) visait clairement à prévoir qu'un engagement liait toujours son auteur même lorsque la personne à qui il bénéficiait ne l'avait pas signé. Le paragraphe 980(5), qui prévoyait qu'une fois délivré un permis d'aménagement liait la municipalité et pouvait même empêcher une modification de zonage, ne s'applique pas en l'espèce étant donné que la PNI ne détenait aucun permis d'aménagement pour les plans d'eau. Enfin, si on fait une comparaison avec les régimes législatifs qui l'ont précédée et ceux qui l'ont suivie en Colombie-Britannique, il est clair que, sous le régime de la loi qui était applicable au moment des événements survenus en l'espèce, les clauses implicites comme celle dont la PNI allègue l'existence restaient illégales. La Colombie-Britannique a aboli le système de contrats d'utilisation du sol qui habilitait les municipalités à s'engager par contrat à adopter un zonage particulier en 1978, et ce n'est qu'en 1993 que les municipalités de la Colombie-Britannique ont été autorisées à demander des améliorations en échange d'un zonage. De même, avant 1998, même si les municipalités

powers under the *Municipal Act*, these commitments were subject to the statute's close controls.

Moreover, while a municipality may engage in business and proprietary contracts, it cannot agree to terms that fetter its legislative power unless there is legislation expressing a public policy permitting it to do so. In this respect, s. 19 of the *Municipal Act* does not provide the statutory basis for a municipality to enter into long-term agreements with a developer about the exercise of its zoning powers. The distinction between indirect and direct fettering cannot be accepted as it is likely without any legal basis. The supposed distinction is also unhelpful in rationalizing the case law and, more importantly, is inconsistent with the principles that undergird this area of the law. Here, the alleged implied term would have been an illegal fetter on the municipality's discretionary legislative powers.

The wording of the legislation, its history, consistent case law, and established public policy against municipalities being bound in ways that constrain their legislative powers all support the conclusion that the City had no implied or express powers to agree to an implied term such as the one PNI has alleged. Whether such an implied term might or might not have made sense for business efficiency reasons, any such term was *ultra vires* and contrary to legislatively established public policy.

Per Major, Bastarache and Binnie JJ. (dissenting): Based on an analysis of the Master Agreement and the relevant external documentary evidence, and from all of the circumstances of this case, it can be concluded that the contract contained the implied term not to rezone for a reasonable time. Zoning was an essential pre-condition of the Master Agreement. The implied term does not bind the City from rezoning for any length of time: it simply recognizes that in consideration of PNI's initial investment, a change in zoning must be offset by compensation. It would be contrary to business sense and to all obligations of fairness to conclude that the condition precedent regarding zoning had to be met but was not protected in any way from unilateral retraction. While the parties did not agree to a bare term preventing the City from down-zoning, since it is acknowledged that they were cognizant of the rule against binding

pouvaient prendre des engagements à long terme liés aux pouvoirs en matière de droits de propriété et d'activités commerciales que leur conférait la *Municipal Act*, ces engagements étaient assujettis au contrôle strict de la Loi.

De plus, même si une municipalité peut conclure des contrats relatifs à des droits de propriété et à des activités commerciales, elle ne peut pas souscrire à des conditions qui entravent son pouvoir de réglementation, à moins qu'une mesure législative n'énonce une politique officielle l'autorisant à le faire. À ce propos, l'art. 19 de la *Municipal Act* n'habilite pas une municipalité à conclure avec un promoteur immobilier des contrats à long terme concernant l'exercice de ses pouvoirs en matière de zonage. La distinction entre l'entrave indirecte et l'entrave directe ne saurait être acceptée parce qu'elle est probablement dépourvue de fondement juridique. La supposée distinction n'aide pas non plus à rationaliser la jurisprudence et, qui plus est, elle est incompatible avec les principes qui sous-tendent ce domaine du droit. En l'espèce, la clause implicite dont l'existence est alléguée aurait constitué une entrave illicite aux pouvoirs de réglementation discrétionnaires de la municipalité.

Le libellé de la mesure législative, son historique, la jurisprudence constante et la politique officielle qui empêche de lier les municipalités d'une manière qui restreigne leurs pouvoirs de réglementation étaient tous la conclusion que la Ville n'avait aucun pouvoir implicite ou exprès de consentir à une clause implicite comme celle dont la PNI allègue l'existence. Peu importe que cette clause implicite ait pu être justifiée ou non pour des raisons d'efficacité commerciale, elle était *ultra vires* et contraire à l'ordre public établi par le législateur.

Les juges Major, Bastarache et Binnie (dissidents): À la suite d'une analyse de l'accord-cadre et compte tenu de la preuve documentaire externe pertinente et de toutes les circonstances de la présente affaire, on peut conclure que le contrat comportait la clause implicite selon laquelle le zonage ne serait pas modifié pendant une période raisonnable. Le zonage était une condition préalable essentielle de l'accord-cadre. La clause implicite n'empêche pas la Ville de modifier le zonage pendant un certain temps: elle ne fait que reconnaître qu'en contrepartie de l'investissement initial de la PNI, une modification de zonage doit être compensée par une indemnité. Il serait contraire au bon sens commercial et à toutes les obligations d'équité de conclure que la condition préalable relative au zonage devait être remplie sans toutefois être protégée d'aucune façon contre la rétractation unilatérale. Même si les parties n'ont pas

future councils, they carefully arranged the contract as an innovative means of achieving the parties' differing objectives by hinging binding obligations on each piece going into place. The implied term must be present to give the contract business efficacy. In view of the condition precedent in the contract, an officious bystander would necessarily hold the view that the City believed it would owe compensation in the event it down-zoned without the passage of a reasonable time.

Although a municipality cannot be held liable for breaching a term that is *ultra vires*, in this case the implied term in the Master Agreement not to rezone for a reasonable time is *intra vires* the City. The general municipal power to contract in furtherance of municipal objectives is a solid basis for the City's authority to agree to the zoning commitments in the Master Agreement. Sections 19(1) and 963 (read in conjunction with s. 287) of the *Municipal Act* establish that the subject matter of the implied term was within the City's jurisdiction. The express power to contract for materials and services, coupled with the municipality's power to zone, provided the City with the authority to agree to a contract that contained a term which temporarily maintains zoning. Even if the authorization did not flow directly from these provisions, this power would necessarily or fairly be implied under these express powers. Significantly, the City conceded that the Master Agreement was lawful despite being unable to identify a specific statutory basis which granted it the authority to enter into this type of contract. Finally, a review of the history of zoning power in British Columbia confirms that in 1987, the City had the power to agree to the term that the City would not rezone for a reasonable time. The repeal in 1978 of s. 702A of the *Municipal Act* did not signify that the City gained the power to exercise the discretion to rezone, in violation of a lawful contract, with no consequences. The repeal of s. 702A removed the right of municipalities to enter contracts where specific performance was guaranteed but did not prevent them from entering long-term development contracts.

The implied term of the Master Agreement does not offend against public policy. The well-established rule that a city council does not have the authority to fetter

souscrit à une simple clause empêchant la Ville de modifier le zonage puisqu'il est reconnu qu'elles connaissaient la règle qui interdit de lier les futurs conseils, elles ont pris soin de structurer le contrat de façon à ce qu'il constitue un moyen innovateur de réaliser leurs objectifs divergents en rattachant des obligations à chaque composante. La clause implicite doit être présente pour conférer l'efficacité commerciale au contrat. Compte tenu de la condition préalable du contrat, un observateur objectif serait nécessairement d'avis que la Ville croyait qu'elle devrait verser une indemnité si elle procéderait à une modification de zonage avant l'écoulement d'un délai raisonnable.

Même si une municipalité ne peut pas être tenue responsable de la violation d'une clause *ultra vires*, en l'espèce, la clause implicite de l'accord-cadre selon laquelle le zonage ne sera pas modifié pendant une période raisonnable est conforme au pouvoir de la Ville. Le pouvoir municipal général de contracter en vue de réaliser des objectifs municipaux est un fondement solide du pouvoir de la Ville de consentir aux engagements en matière de zonage contenus dans l'accord-cadre. Le paragraphe 19(1) et l'art. 963 (interprétés conjointement avec l'art. 287) de la *Municipal Act* établissent que l'objet de la clause implicite de l'accord-cadre relevait de la compétence de la Ville. Le pouvoir explicite de conclure des contrats pour l'obtention de biens et de services, conjugué au pouvoir municipal de zonage, conférait à la Ville le pouvoir de conclure un contrat assorti d'une clause selon laquelle le zonage serait maintenu temporairement. Même si l'autorisation ne découlait pas directement de ces dispositions, ce pouvoir ressortait nécessairement ou à juste titre de façon implicite des pouvoirs explicites susmentionnés. Fait important, la Ville a reconnu que l'accord-cadre était licite même si elle était incapable de relever une disposition législative qui l'habilitait expressément à conclure ce genre de contrat. Enfin, l'historique du pouvoir de zonage en Colombie-Britannique confirme qu'en 1987 la Ville avait le pouvoir de s'engager à ne pas modifier le zonage pendant une période raisonnable. L'abrogation, en 1978, de l'art. 702A de la *Municipal Act* ne signifiait pas que la Ville était désormais habilitée à exercer sans conséquence le pouvoir discrétionnaire de modifier le zonage en contravention d'un contrat licite. L'abrogation de l'art. 702A a éliminé le droit des municipalités de conclure des contrats dans lesquels l'exécution en nature serait garantie, mais elle ne les a pas empêchées de conclure des contrats d'aménagement à long terme.

La clause implicite de l'accord-cadre ne va pas à l'encontre de l'ordre public. Cette clause ne contrevient pas à la règle bien établie selon laquelle un conseil munici-

the ability of a future council to exercise its legislative power is not violated by the implied term of the Master Agreement since the agreement does not restrict the City's authority to rezone. A distinction must be made between preventing council from exercising its legislative discretion and requiring it to consider its contractual obligations before exercising that discretion. To require a municipal council to consider its contractual obligations does not violate public policy but promotes the public interest. Councils are free to legislate as they like, but they cannot ignore the contractual obligations that they owe. Having such an indirect fetter does not subject the municipal legislative process to undue influence or embarrassment. It is sound policy to allow municipalities to enter complex, long-term development contracts which provide developers with a promise that existing zoning will continue for a period sufficient to allow for development. In this case, there is no direct fettering of the municipality's legislative power and there is no reason to fear that the duty to pay damages will affect in a detrimental way the public interest in preserving the legislative independence of all municipal governments.

In sum, where a municipality enters a contract with a legitimate purpose, that contract must be honoured. The City should not be able to terminate with impunity a contract that it uniquely crafted, thoughtfully entered into, received the full benefit of, and concedes is lawful. Here, PNI spent over \$2.5 million on infrastructure upgrades in anticipation of the commercial development that would result from the land transfer and zoning provided for in the contract. The public interest would not be served by allowing the City to escape its commitments. PNI is entitled to damages for breach of contract. Awarding compensation does not amount to a fettering of the municipal power over zoning that adversely affects the public's interest in local government.

Cases Cited

By LeBel J.

Distinguished: *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; **referred to:** *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709; *Ingledew's Ltd. v. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41; *Leiriao v. Val-Bélair (Town)*, [1991] 3

pal n'a pas le pouvoir d'entraver l'exercice du pouvoir de réglementation d'un futur conseil, étant donné que l'accord-cadre ne restreint pas le pouvoir de la Ville de modifier le zonage. Il faut faire la distinction entre empêcher un conseil d'exercer son pouvoir discrétaire de réglementation et l'obliger à tenir compte de ses obligations contractuelles avant d'exercer ce pouvoir. Exiger qu'un conseil municipal tienne compte de ses obligations contractuelles n'est pas contraire à l'ordre public, mais favorise l'intérêt public. Les conseils sont libres d'adopter les règlements qu'ils veulent, mais ils ne sauraient faire fi des obligations contractuelles qui leur incombent. Une telle entrave indirecte n'expose pas le processus municipal de réglementation à une influence ou à une charge indue. Il convient de permettre aux municipalités de conclure des contrats complexes d'aménagement à long terme, dans lesquels elles promettent à des promoteurs immobiliers que le zonage existant sera maintenu pendant une période suffisante pour permettre l'aménagement. En l'espèce, il n'y a aucune entrave directe au pouvoir de réglementation de la municipalité et il n'y aucune raison de craindre que l'obligation de verser des dommages-intérêts ait une incidence négative sur l'intérêt du public dans le maintien de l'indépendance de toutes les administrations municipales sur le plan de la réglementation.

Somme toute, lorsqu'une municipalité conclut un contrat dans un but légitime, ce contrat doit être respecté. La Ville ne devrait pas pouvoir mettre fin impunément à un contrat qu'elle a conçu avec soin, qu'elle a conclu de façon réfléchie, dont elle a pleinement bénéficié et dont elle reconnaît la légalité. En l'espèce, la PNI a dépensé plus de 2,5 millions de dollars pour l'amélioration des infrastructures en prévision des travaux d'aménagement commercial qui résulteraient de la cession de biens-fonds et du zonage prévus dans le contrat. Il ne serait pas dans l'intérêt public de permettre à la Ville d'échapper à ses engagements. La PNI a droit à des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. Consentir une indemnité pour inexécution de contrat n'équivaut pas à une entrave au pouvoir de zonage municipal, qui préjudicie à l'intérêt du public dans l'administration locale.

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Distinction d'avec l'arrêt: *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; **arrêts mentionnés:** *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709; *Ingledew's Ltd. c. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41; *Leiriao c. Val-Bélair (Ville)*,

S.C.R. 349; *Hongkong Bank of Canada v. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 S.C.R. 167; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *City of Vancouver v. B.C. Telephone Co.*, [1951] S.C.R. 3; *Martin Corp. v. West Vancouver (District)* (1993), 85 B.C.L.R. (2d) 305; *Re Walmar Investments Ltd. and City of North Bay*, [1970] 1 O.R. 109; *Lawrason v. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22; *Birkdale District Electric Supply Co. v. Corporation of Southport*, [1926] A.C. 355; *Town of Eastview v. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa* (1918), 44 O.L.R. 284; *Capital Regional District v. District of Saanich* (1980), 115 D.L.R. (3d) 596; *Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge* (1982), 135 D.L.R. (3d) 58, aff'd (1983), 146 D.L.R. (3d) 768; *Kendrick v. Nelson (City)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134; *Attorney-General for New Brunswick v. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693, leave to appeal granted, [1948] 3 D.L.R. 851; *Walker v. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143; *Wall and Redekop Corp. v. City of Vancouver* (1974), 16 N.R. 436, aff'd (1976), 16 N.R. 435; *Dowty Boulton Paul Ltd. v. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *William Cory & Son Ltd. v. London Corp.*, [1951] 2 K.B. 476.

By Bastarache J. (dissenting on appeal)

M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd., [1999] 1 S.C.R. 619; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *The King v. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] S.C.R. 500; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *Kendrick v. Nelson (City)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Re Cressey Development Corp. and Township of Richmond* (1982), 132 D.L.R. (3d) 166; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709; *Ingledew's Ltd. v. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41; *Town of Eastview v. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa*

[1991] 3 R.C.S. 349; *Banque Hongkong du Canada c. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 R.C.S. 167; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *City of Vancouver c. B.C. Telephone Co.*, [1951] R.C.S. 3; *Martin Corp. c. West Vancouver (District)* (1993), 85 B.C.L.R. (2d) 305; *Re Walmar Investments Ltd. and City of North Bay*, [1970] 1 O.R. 109; *Lawrason c. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22; *Birkdale District Electric Supply Co. c. Corporation of Southport*, [1926] A.C. 355; *Town of Eastview c. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa* (1918), 44 O.L.R. 284; *Capital Regional District c. District of Saanich* (1980), 115 D.L.R. (3d) 596; *Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge* (1982), 135 D.L.R. (3d) 58, conf. par (1983), 146 D.L.R. (3d) 768; *Kendrick c. Nelson (City)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134; *Attorney-General for New Brunswick c. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693, autorisation de pourvoi accordée, [1948] 3 D.L.R. 851; *Walker c. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143; *Wall and Redekop Corp. c. City of Vancouver* (1974), 16 N.R. 436, conf. par (1976), 16 N.R. 435; *Dowty Boulton Paul Ltd. c. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *William Cory & Son Ltd. c. London Corp.*, [1951] 2 K.B. 476.

Citée par le juge Bastarache (dissident quant au pourvoi principal)

M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée, [1999] 1 R.C.S. 619; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *The King c. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] R.C.S. 500; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *Kendrick c. Nelson (City)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Re Cressey Development Corp. and Township of Richmond* (1982), 132 D.L.R. (3d) 166; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709; *Ingledew's Ltd. c. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41; *Town of Eastview c. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa*

(1918), 44 O.L.R. 284; *Walker v. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143; *Attorney-General for New Brunswick v. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693; *First City Development Corp. v. Durham (Regional Municipality)* (1989), 41 M.P.L.R. 241; *Stourcliffe Estates Co. v. Bournemouth Corp.*, [1908-10] All E.R. 785; *Dowty Boulton Paul Ltd. v. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277; *Lawrason v. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22; *Muskoka Mall Ltd. v. Town of Huntsville* (1977), 3 M.P.L.R. 279; *Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge* (1982), 135 D.L.R. (3d) 58, aff'd (1983), 146 D.L.R. (3d) 768.

Statutes and Regulations Cited

Act to Amend the Municipal Act, S.B.C. 1971, c. 38, s. 52.

Land Title Act, R.S.B.C. 1979, c. 219, ss. 23(1) [am. 1982, c. 60, s. 3], 108(2) [*idem*, s. 25(a)], 215 [*idem*, s. 58; am. 1989, c. 69, s. 22.]

Land Title Act, R.S.B.C. 1996, c. 250, s. 108(2).

Local Elections Reform Act, 1993, S.B.C. 1993, c. 54, s. 23.

Local Government Statutes Amendment Act, 1998, S.B.C. 1998, c. 34, preamble.

Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, ss. 702A [ad. 1968, c. 33, s. 166; am. 1970, c. 29, s. 21; rep. & sub. 1971, c. 38, s. 52; am. 1972, c. 36, s. 28; am. 1972 (2nd Sess.), c. 9, s. 1; rep. 1977, c. 57, s. 13(1)], 702AA [ad. *idem*, s. 13(2)].

Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, ss. 19, 287, 290 [am. 1993, c. 41, s. 32], 292, 313, 321 [rep. & sub. 1993, c. 54, s. 23], 322 [am. 1980, c. 50, s. 63; am. 1982, c. 76, s. 28; am. 1987, c. 38, s. 4], 344(1), 717 [rep. 1985, c. 79, s. 4], 963 [ad. *idem*, s. 8; am. 1987, c. 14, s. 27], 963.1(2) [ad. 1993, c. 58, s. 4; am. 1994, c. 43, s. 71], 972 [ad. 1985, c. 79, s. 8], 976 [*idem*, 980(5) [*idem*], (6) [*idem*], 982 [*idem*], 989(4) [ad. 1987, c. 14, s. 45(e)].

Municipal Act, R.S.B.C. 1996, c. 323, ss. 176, 903.

Municipal Affairs, Recreation and Housing Statutes Amendment Act, 1993, S.B.C. 1993, c. 58, s. 4.

Municipal Amendment Act, 1977, S.B.C. 1977, c. 57, s. 13.

Municipal Amendment Act, 1985, S.B.C. 1985, c. 79, ss. 4, 8.

Authors Cited

British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 6, 2nd Sess., 31st Parl., pp. 4353-54.

(1918), 44 O.L.R. 284; *Walker c. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143; *Attorney-General for New Brunswick c. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693; *First City Development Corp. c. Durham (Regional Municipality)* (1989), 41 M.P.L.R. 241; *Stourcliffe Estates Co. c. Bournemouth Corp.*, [1908-10] All E.R. 785; *Dowty Boulton Paul Ltd. c. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277; *Lawrason c. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22; *Muskoka Mall Ltd. c. Town of Huntsville* (1977), 3 M.P.L.R. 279; *Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge* (1982), 135 D.L.R. (3d) 58, conf. par (1983), 146 D.L.R. (3d) 768.

Lois et règlements cités

Act to Amend the Municipal Act, S.B.C. 1971, ch. 38, art. 52.

Land Title Act, R.S.B.C. 1979, ch. 219, art. 23(1) [mod. 1982, ch. 60, art. 3], 108(2) [*idem*, art. 25a)], 215 [*idem*, art. 58; mod. 1989, ch. 69, art. 22].

Land Title Act, R.S.B.C. 1996, ch. 250, art. 108(2).

Local Elections Reform Act, 1993, S.B.C. 1993, ch. 54, art. 23.

Local Government Statutes Amendment Act, 1998, S.B.C. 1998, ch. 34, préambule.

Municipal Act, R.S.B.C. 1960, ch. 255, art. 702A [aj. 1968, ch. 33, art. 166; 1970, ch. 29, art. 21; abr. & repl. 1971, ch. 38, art. 52; mod. 1972, ch. 36, art. 28; mod. 1972 (2^e sess.), ch. 9, art. 1; abr. 1977, ch. 57, art. 13(1)], 702AA [aj. *idem*, art. 13(2)].

Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 19, 287, 290 [mod. 1993, ch. 41, art. 32], 292, 313, 321 [abr. & repl. 1993, ch. 54, art. 23], 322 [mod. 1980, ch. 50, art. 63; mod. 1982, ch. 76, art. 28; mod. 1987, ch. 38, art. 4], 344(1), 717 [abr. 1985, ch. 79, art. 4], 963 [aj. *idem*, art. 8; mod. 1987, ch. 14, art. 27], 963.1(2) [aj. 1993, ch. 58, art. 4; mod. 1994, ch. 43, art. 71], 972 [aj. 1985, ch. 79, art. 8], 976 [*idem*, 980(5) [*idem*], (6) [*idem*], 982 [*idem*], 989(4) [aj. 1987, ch. 14, art. 45e]].

Municipal Act, R.S.B.C. 1996, ch. 323, art. 176, 903.

Municipal Affairs, Recreation and Housing Statutes Amendment Act, 1993, S.B.C. 1993, ch. 58, art. 4.

Municipal Amendment Act, 1977, S.B.C. 1977, ch. 57, art. 13.

Municipal Amendment Act, 1985, S.B.C. 1985, ch. 79, art. 4, 8.

Doctrine citée

Colombie-Britannique. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 6, 2nd Sess., 31st Parl., pp. 4353 et 4354.

- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Hétu, Jean, Yvon Duplessis et Dennis Pakenham. *Droit municipal: Principes généraux et contentieux*. Montréal: Hébert Denault, 1998.
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- Macaulay, Robert W., and Robert G. Doumani. *Ontario Land Development: Legislation and Practice*, vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995 (loose-leaf updated 1999, release 3).
- Rogers, Ian MacFee. *Canadian Law of Planning and Zoning*. Toronto: Carswell, 1973 (loose-leaf updated 2000, release 3).
- Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971 (loose-leaf updated 2000, release 3).
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal, Qué.: Thémis, 1999.
- Hétu, Jean, Yvon Duplessis et Dennis Pakenham. *Droit municipal: Principes généraux et contentieux*. Montréal: Hébert Denault, 1998.
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- Macaulay, Robert W., and Robert G. Doumani. *Ontario Land Development: Legislation and Practice*, vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995 (loose-leaf updated 1999, release 3).
- Rogers, Ian MacFee. *Canadian Law of Planning and Zoning*. Toronto: Carswell, 1973 (loose-leaf updated 2000, release 3).
- Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1971 (loose-leaf updated 2000, release 3).
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 58 B.C.L.R. (3d) 390, 165 D.L.R. (4th) 577, [1999] 7 W.W.R. 265, 112 B.C.A.C. 161, 182 W.A.C. 161, 1 M.P.L.R. (3d) 58, [1998] B.C.J. No. 2302 (QL), allowing the city's appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court, [1996] B.C.J. No. 2523 (QL). Appeal dismissed, Major, Bastarache and Binnie JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed.

L. John Alexander and Charles Edward Hanman, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Guy McDannold, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of Gonthier, Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

Land law may look like a dry, forbidding, and not very fashionable subject. Sometimes, however,

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 58 B.C.L.R. (3d) 390, 165 D.L.R. (4th) 577, [1999] 7 W.W.R. 265, 112 B.C.A.C. 161, 182 W.A.C. 161, 1 M.P.L.R. (3d) 58, [1998] B.C.J. No. 2302 (QL), qui a accueilli l'appel de la ville contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1996] B.C.J. No. 2523 (QL). Pourvoi principal rejeté, les juges Major, Bastarache et Binnie sont dissidents. Pourvoi incident rejeté.

L. John Alexander et Charles Edward Hanman, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Guy McDannold, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

Version française du jugement des juges Gonthier, Iacobucci, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Le droit foncier peut sembler un sujet aride, rébarbatif et peu à la mode. Cependant, il fait par-

it involves broad issues of policy and the principles of municipal governance, as will be found in the present appeal.

2 This case concerns land in and around Victoria's Inner Harbour. The parties argued vigorously over a question that ultimately amounted to whether the City of Victoria could sell zoning for, or at least commit itself to a freeze in the zoning of, a particular piece of property. They also discussed the application of an obscure subsection of the *Land Title Act*, R.S.B.C. 1979, c. 219, s. 108(2), the effect of which could have deprived the respondent on the cross-appeal of any interest in the property. After tracing the factual background of the case and the judgments below, I turn to these questions and to why both the appeal and the cross-appeal must be dismissed. Indeed, I conclude that any decision otherwise would go against the wording, history, and object of British Columbia's land titles and municipal government legislation and would potentially threaten longstanding principles of municipal law jurisprudence.

II. Factual Background

3 From 1911 until the 1970s, the "Songhees lands" located around Victoria's Inner Harbour had been used for industrial purposes by various parties who leased them from the Province of British Columbia. In the 1980s, the Province became interested in redeveloping the area. The Province and the City of Victoria engaged in discussions, and the City published a concept plan in 1984. In 1986, the Province shifted control of the land to the Crown corporation that would become the British Columbia Enterprise Corporation ("BCEC").

4 On August 28, 1987, the City and BCEC signed an umbrella agreement called the "Songhees Master Agreement" ("Master Agreement"). Under the Master Agreement, BCEC would itself develop some of the lands in a part of the development

fois intervenir de grandes questions d'ordre public et les principes de régie municipale, comme nous le verrons dans le présent pourvoi.

Le présent litige concerne des terrains situés dans le port intérieur de Victoria et autour de celui-ci. Les parties ont vigoureusement débattu la question de savoir, en fin de compte, si la ville de Victoria pouvait vendre un type de zonage ou, à tout le moins, s'engager à maintenir le zonage d'un bien-fonds particulier. Elles ont également traité de l'application d'un paragraphe obscur de la *Land Title Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 219, par. 108(2), qui pouvait avoir privé l'intimée au pourvoi incident de tout droit sur le bien en cause. Après avoir exposé les faits du pourvoi et les décisions rendues par les tribunaux d'instance inférieure, j'examinerai ces questions et les motifs pour lesquels le pourvoi principal et le pourvoi incident doivent être rejetés tous les deux. En fait, j'en arrive à la conclusion que toute autre décision irait à l'encontre du libellé, de l'historique et de l'objet de la législation de la Colombie-Britannique relative aux titres fonciers et à l'administration municipale, et pourrait mettre en péril les principes établis depuis longtemps par la jurisprudence en matière de droit municipal.

II. Les faits

De 1911 jusque dans les années 70, les «terres Songhees», qui appartenaient à la province de la Colombie-Britannique et qui étaient situées autour du port intérieur de Victoria, étaient louées à diverses parties pour des fins industrielles. Au cours des années 80, la province a voulu réaménager ce secteur. Elle a entamé des discussions avec la ville de Victoria et, en 1984, cette dernière a publié un plan conceptuel d'aménagement. En 1986, la province a cédé le contrôle du bien-fonds à la société d'État qui allait devenir la British Columbia Enterprise Corporation («BCEC»).

Le 28 août 1987, la Ville et la BCEC ont conclu un accord-cadre appelé le «Songhees Master Agreement» (l'«accord-cadre»). Aux termes de cet accord-cadre, la BCEC aménagerait elle-même quelques-uns des terrains situés dans le secteur

called “Phase I”, and it would sell other land consisting of some 22 acres to a private developer in a part of the development called “Phase II”. The City Council shortly thereafter gave its official authorization to the Master Agreement at a Council meeting. The Master Agreement was registered as a restrictive covenant under s. 215 of the *Land Title Act*, presumably, as explained in oral argument, in order that BCEC would subject itself to the City’s legislative powers over land use (from which, as part of the provincial government, it would ordinarily be exempt).

Contemporaneously with these events, after two years of planning, Pacific National Investments Ltd. (“PNI”) was negotiating with BCEC to buy the Phase II area in order that it could construct a commercial and residential development on this land. Under the purchase agreement, PNI would take over BCEC’s rights and obligations under the Master Agreement as successor to BCEC. This meant that PNI would fulfill BCEC’s commitments, among others, with respect to providing for roads, parkland, a seawall, and walking paths. PNI envisioned its development as eventually including three-storey structures on platforms on two proposed water lots within the Phase II area. As found by the trial judge ([1996] B.C.J. No. 2523 (QL), at para. 22), what PNI would pay for the land obviously depended on what kinds of developments it might have the opportunity to undertake. PNI’s agreement to purchase the land from BCEC was binding only if the City granted the subdivision of the Phase II land into five lots and passed the requisite zoning.

The City granted the subdivision and passed the zoning that would give PNI an opportunity to develop the land as it envisioned, this zoning permitting three-storey structures with mixed commercial and residential uses on the proposed water lots. In 1988, PNI deposited subdivision plan 47008, which would subdivide the Phase II land into five lots. These included Lots 3 and 4, the two water lots that have been the subject of so much litigation in this case. Most of the area of Lots 3

appelé «phase I», et vendrait à un promoteur immobilier d’autres terrains d’une superficie d’environ 22 acres, situés dans le secteur appelé «phase II». Peu après, l’accord-cadre a été approuvé officiellement lors d’une réunion du conseil municipal. Il a été enregistré à titre d’engagement de ne pas faire en vertu de l’art. 215 de la *Land Title Act* vraisemblablement, comme cela a été expliqué au cours des plaidoiries, pour que la BCEC s’assujettisse aux pouvoirs de la Ville de réglementer l’utilisation du sol (auxquels elle échapperait normalement en tant que partie du gouvernement provincial).

En même temps, après deux années de planification, la Pacific National Investments Ltd. («PNI») négociait avec la BCEC en vue d’acquérir la phase II afin d’y procéder à un aménagement commercial et résidentiel. Aux termes du contrat d’achat, les droits et obligations que l’accord-cadre attribuait à la BCEC étaient transférés à la PNI, en sa qualité de successeur de la BCEC. Cela signifiait que la PNI respecterait les engagements de la BCEC notamment au sujet de l’aménagement de routes, d’espaces verts, d’une digue et de sentiers pour piétons. La PNI prévoyait aménager éventuellement, sur deux plans d’eau projetés dans la phase II, des ouvrages de trois étages reposant sur des plates-formes. Comme l’a conclu le juge de première instance ([1996] B.C.J. No. 2523 (QL), au par. 22), le montant que la PNI payerait pour le bien-fonds dépendrait manifestement de la nature des aménagements qu’elle pourrait entreprendre. Le contrat en vertu duquel la PNI achèterait le bien-fonds de la BCEC ne serait exécutoire que si la Ville approuvait la division de la phase II en cinq lots et adoptait le zonage nécessaire.

La Ville approuva le plan de lotissement et adopta le zonage qui donnerait à la PNI la possibilité d’aménager le bien-fonds tel que prévu, puisqu’il permettait la construction d’ouvrages de trois étages à des fins commerciales et résidentielles sur les plans d’eau projetés. En 1988, la PNI déposa le plan de lotissement 47008, selon lequel la phase II serait divisée en cinq lots, dont les lots 3 et 4 qui représentaient les deux plans d’eau ayant fait l’objet de tant de débats en l’espèce. Les lots 3 et 4 étaient

and 4 was covered by water when the subdivision plan was deposited and at other relevant times. Immediately to the north would be parkland and an area set aside for roads. Since the lands set aside for parks and roads were lands set aside for the Crown, Lots 3 and 4 thereby adjoined Crown lands. The City of Victoria would take the position in its reply to PNI's claim that these specific details about the lots triggered a special section, s. 108(2), of the *Land Title Act* when PNI deposited the subdivision plan. Under s. 108(2), according to the City, title to the lots would have reverted to the Crown upon the filing of the subdivision plan.

en grande partie recouverts d'eau au moment du dépôt du plan de lotissement et à toute autre époque pertinente. Un espace vert et une aire réservée à l'aménagement de routes étaient situés immédiatement au nord. Étant donné que les biens-fonds réservés à l'aménagement de parcs et de routes étaient réservés à l'État, les lots 3 et 4 étaient de ce fait contigus à des terres publiques. La ville de Victoria a répondu à la réclamation de la PNI que les particularités de la situation de ces lots avaient déclenché l'application d'une disposition spéciale, soit le par. 108(2), de la *Land Title Act* au moment où la PNI avait déposé le plan de lotissement. La Ville était d'avis que l'application du par. 108(2) aurait entraîné la réversion de la propriété des lots à l'État à la suite du dépôt du plan de lotissement.

⁷ In any case, the initial development by PNI did not take place on Lots 3 and 4. It began with landscaping of the parks and the other servicing work that it had to do to fulfill its obligations. It constructed condominiums on the south half of Lot 2 and began development on Lots 1 and 5, the other upland lots. No buildings were put up on the water lots. Through the sale of Lots 1 and 5 and the developed half of Lot 2, the trial judge found, at para. 41, that PNI recovered about \$7 million compared to its costs for all the Phase II lands of \$5 million; in other words, with land remaining to sell, PNI already had a 40 percent profit.

Quoiqu'il en soit, les travaux d'aménagement initiaux de la PNI n'ont pas été effectués sur les lots 3 et 4. La PNI a d'abord procédé à l'aménagement paysager des parcs et à l'exécution des autres travaux de viabilisation auxquels elle était tenue. Elle a construit des condominiums dans la partie sud du lot 2 et a procédé à l'aménagement des lots 1 et 5, les autres biens-fonds littoraux. Aucun immeuble n'a été érigé sur les plans d'eau. Comme le juge de première instance l'a conclu au par. 41, la vente des lots 1 et 5 ainsi que de la partie aménagée du lot 2 a permis à la PNI de récupérer environ 7 millions de dollars, comparativement aux 5 millions de dollars déjà déboursés pour acquérir tous les terrains de la phase II; autrement dit, la PNI avait déjà réalisé un profit de 40 pour 100 sans compter les terrains qui n'étaient pas encore vendus.

⁸ PNI's development of residential property amid landscaped parks and near the newly constructed seawall resulted in the creation of a peaceful, tranquil setting. Residents and visitors would frolic in the parks and might stroll along the seawall to watch the sunset.

La construction par la PNI d'immeubles résidentiels au cœur de parcs paysagés et près de la nouvelle digue créa un environnement tranquille et paisible. Les résidants et les visiteurs pouvaient se prélasser dans les parcs et se promener sur la digue pour admirer les couchers de soleil.

⁹ So, as the trial judge noted at para. 17, it was not surprising when those enjoying this oasis of tran-

Comme le juge de première instance l'a souligné au par. 17, il n'était donc pas étonnant que

quility objected to the plans that PNI brought forth for Lots 3 and 4. About five years after PNI purchased the land and began development on the other lots, PNI's architect had designed for the water lots three-storey edifices that would sit atop concrete slabs. Such buildings were allowed under the City's 1987 zoning by-law. The concrete slabs would rest on piles going down into the Harbour. With a combination of restaurants and other commercial establishments planned in conjunction with additional residential development, PNI aspired to the creation of a waterfront that would be full of people, energy, and noise.

As the public became aware of these plans that would transform the harbourfront as they now knew it, they began to express their discontent. They voiced their concerns to their elected representatives on the City Council, and all but one member of the Council voted on August 26, 1993 to rezone the water lots so as to prevent additional residential development on them and so as to limit buildings on these lots to one storey in height. In implementing new limits, the Council asserted that it was trying to strike a balance appropriate to the values and interests of the community in 1993 and that, in so doing, it was not bound by the zoning adopted by a previous council.

Because this rezoning would significantly impact on PNI's intentions for these lots, PNI took the position that this "down-zoning" was in breach of the City's implied obligations under the Master Agreement and thus infringed PNI's rights as successor to BCEC under the Master Agreement. Accordingly, it sued for breach of contract. Alternatively, it claimed restitution for unjust enrichment for the parks and other amenities that it had constructed and from which the City would benefit. With major issues at stake, the matter has gradually made its way toward our Court.

les personnes qui jouissaient de cet oasis de tranquillité se soient opposées aux plans que la PNI avait soumis pour les lots 3 et 4. Environ cinq ans après que la PNI eut fait l'acquisition du bien-fonds et commencé l'aménagement des autres lots, l'architecte de la PNI avait conçu des immeubles de trois étages, reposant sur des dalles de béton, qui seraient construits sur les plans d'eau. La construction de tels immeubles était permise en vertu du règlement de zonage municipal de 1987. Les dalles de béton reposeraient sur des pieux enfouis dans le lit du port. Avec son projet d'aménagement de restaurants et d'autres établissements commerciaux, et de construction d'un autre ensemble résidentiel, la PNI voulait faire du secteur riverain un lieu achalandé, bruyant et débordant d'activités.

En prenant connaissance de ces plans de nature à transformer la façade portuaire à laquelle il était habitué, le public a commencé à exprimer son mécontentement. Des citoyens ont fait part de leurs inquiétudes à leurs représentants élus au conseil municipal. Celui-ci, avec la dissidence d'un seul de ses membres, décida, le 26 août 1993, de modifier le zonage des plans d'eau afin d'y interdire la construction d'un autre ensemble résidentiel et de limiter à un étage la hauteur des immeubles qui y seraient érigés. En appliquant de nouvelles restrictions, le conseil déclara qu'il tentait d'établir un équilibre conforme aux valeurs et aux intérêts de la collectivité de 1993 et que, ce faisant, il n'était pas lié par le zonage adopté par un conseil antérieur.

En raison de l'incidence importante que cette modification de zonage aurait sur ses intentions relatives à ces lots, la PNI a soutenu qu'elle contrevenait aux obligations implicites qui incombaient à la Ville aux termes de l'accord-cadre, et ainsi aux droits que la PNI possédait, à titre de successeur de la BCEC, en vertu du même accord. La PNI a donc intenté une action pour inexécution de contrat. Subsiliairement, elle a demandé la restitution pour enrichissement sans cause à l'égard des parcs et des autres installations qu'elle avait aménagés et dont la Ville bénéficierait. En raison de l'importance des questions qui y étaient soulevées, la présente affaire s'est finalement retrouvée devant notre Cour.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court*, [1996] B.C.J. No. 2523 (QL)

- 12 In the British Columbia Supreme Court trial before Mackenzie J., PNI claimed against the City for damages for breach of contract or, alternatively, restitution for unjust enrichment. After considering one preliminary issue, the trial judge held that the City was liable to pay damages and, thus, did not consider the alternative argument on restitution.
- 13 On a preliminary question at a *voir dire*, the City argued that s. 108(2) of the *Land Title Act* had operated to vest Lots 3 and 4 in the Province when PNI deposited its subdivision plan at the land titles office. This would mean that PNI did not even own the land that had given rise to its claim against the City. The trial judge rejected this argument, holding that s. 108(2) did not apply to areas within subdivided lots on the subdivision plan but only to remainders within the titled land. Thus, it did not apply to Lots 3 and 4.

- 14 On the contractual issue, the trial judge was prepared to find for PNI. Although there was no explicit term to this effect, he considered that there was a necessary implication in the Master Agreement that the City's zoning would remain in place for a reasonable period of time. Such an implied term did not bind future councils to particular zoning but simply dictated that a future council would be liable for damages if it broke this contractual term. In arriving at his conclusion that it was appropriate to find this implied term, the trial judge took into consideration the policy reasons that “[t]o the extent that certainty reduces business risk, it reduces the cost of development . . .” (para. 39) and that “[t]he members of council . . . were in the best position to assess public attitudes and the risk that those attitudes might change during the course of a development intended to be built over a

III. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1996] B.C.J. No. 2523 (QL)

Lors du procès qui s'est déroulé devant le juge Mackenzie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, la PNI a réclamé de la Ville des dommages-intérêts pour inexécution de contrat ou, subsidiairement, une restitution pour enrichissement sans cause. Après avoir examiné une question préliminaire, le juge de première instance a statué que la Ville était tenue de verser des dommages-intérêts et n'a donc pas examiné l'argumentation subsidiaire sur la restitution.

Pour répondre à une question préliminaire soulevée lors d'un voir-dire, la Ville a plaidé que le par. 108(2) de la *Land Title Act* avait eu pour effet d'attribuer à la province les lots 3 et 4 au moment où la PNI avait déposé son plan de lotissement au bureau d'enregistrement foncier. Cela signifiait que la PNI ne possédait même pas le bien-fonds à l'origine de son action contre la Ville. Le juge de première instance a rejeté cet argument, après avoir conclu que le par. 108(2) s'appliquait non pas à des secteurs compris dans des lots figurant sur le plan de lotissement, mais uniquement au reste du bien-fonds visé par le droit de propriété. Il ne s'appliquait donc pas aux lots 3 et 4.

Quant à la question contractuelle, le juge de première instance était disposé à trancher en faveur de la PNI. Malgré l'inexistence d'une clause expresse en ce sens, il a estimé qu'il était nécessairement implicite dans l'accord-cadre que le zonage municipal serait maintenu pendant un délai raisonnable. Une telle clause implicite n'obligeait pas les futurs conseils à maintenir un zonage particulier, mais voulait simplement qu'un futur conseil soit tenu de verser des dommages-intérêts s'il violait cette stipulation contractuelle. En décidant qu'il convenait de conclure à l'existence de cette clause implicite, le juge de première instance a tenu compte des raisons de principe selon lesquelles [TRADUCTION] «[d]ans la mesure où la certitude diminue le risque commercial, elle réduit les coûts d'aménagement» (par. 39), et [TRADUCTION] «[l]es membres du conseil [...] étaient les mieux placés pour évaluer les

period of time” (para. 40). The trial judge found that PNI had proceeded within a reasonable time in the circumstances. He rejected any argument that the City was exempt from paying damages when it breached a contract. Therefore, in his written judgment, he held the City liable for breach of contract.

The trial judge did not reach any conclusion on the quantum of damages, which he considered was still very much a live issue, nor on the alternative claim of restitution for unjust enrichment.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1998), 58 B.C.L.R. (3d) 390

Esson J.A. wrote for a unanimous Court of Appeal. He set aside the trial judgment and remitted the matter for trial on the remaining issue of restitution for unjust enrichment.

In the judgment, Esson J.A. had to consider first the City’s attempt to revive the s. 108(2) argument from the *voir dire*. Based on principles of indefeasibility of title, he came close to saying that the City had no standing to make the argument. In any event, the City lost on the merits of the point. Esson J.A. considered that the obscure language of s. 108(2) was directed toward the recovery of foreshore previously granted away and thus did not apply to the case at bar. Indeed, he considered that any application of s. 108(2) here would lead to an absurd and unconscionable result. Thus, the Court of Appeal’s judgment rejected the City’s argument on this point and even went on to make a special costs award to show its disdain for the argument.

On the contractual issue, Esson J.A referred first to the foundational principle that a municipal council cannot bind future councils. Previous legislation in British Columbia had made special provisions for a municipality to do just this in certain

mentalités et le risque que ces dernières changent pendant l’exécution d’un projet d’aménagement qui doit se prolonger pendant un certain temps» (par. 40). Le juge de première instance a conclu que, dans les circonstances, la PNI avait agi dans un délai raisonnable. Il a rejeté tout argument que la Ville n’avait pas à verser des dommages-intérêts si elle rompait un contrat. Dans ses motifs écrits, il a donc conclu à la responsabilité de la Ville pour inexécution de contrat.

Le juge de première instance n’a tiré aucune conclusion sur la question du montant des dommages-intérêts qui, selon lui, n’était toujours pas réglée, ni sur la demande subsidiaire de restitution pour enrichissement sans cause.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (1998), 58 B.C.L.R. (3d) 390

Le juge Esson a rédigé les motifs unanimes de la Cour d’appel. Il a infirmé le jugement de première instance et renvoyé l’affaire à procès sur la question résiduelle de la restitution pour enrichissement sans cause.

Dans l’arrêt, le juge Esson a d’abord dû examiner la tentative de la Ville de relancer l’argument du par. 108(2) qui avait été avancé lors du *voir dire*. Compte tenu des principes de l’intangibilité des titres, il s’en est fallu de peu qu’il affirme que la Ville n’avait pas qualité pour avancer ce moyen. Quoi qu’il en soit, la Ville n’a pas eu gain de cause quant au fond de cette question. Le juge Esson a estimé que le texte obscur du par. 108(2) visait la récupération de l’estran cédé antérieurement et ne s’appliquait donc pas à l’affaire en cause. En fait, il était d’avis que toute application du par. 108(2) entraînerait un résultat absurde et inique en l’espèce. Par conséquent, la Cour d’appel a rejeté l’argument de la Ville sur ce point et a même accordé des dépens spéciaux pour montrer le peu d’importance accordé à cet argument.

Au sujet de la question contractuelle, le juge Esson a d’abord mentionné le principe fondamental selon lequel un conseil municipal ne saurait lier les conseils qui le suivront. En Colombie-Britannique, des mesures législatives antérieures,

circumstances, but this legislation had been repealed. In the absence of that kind of legislation, the proper approach to municipal powers was to interpret them so that a present council could not bind future citizens. Based on *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709 (B.C.C.A.), and *Ingledew's Ltd. v. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41 (B.C.S.C.), Esson J.A. held that even making the City liable for damages could effectively bind a future municipal government. In the context of an agreement like the alleged implied term, Esson J.A. concluded that the City lacked the power to fetter future councils.

19

Moreover, Esson J.A. considered that s. 972(1) of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, created a statutory bar on claims against a municipality related to changes in value from changed zoning. The legislature had created one exception to this in s. 972(2). It could have created other exceptions, but it did not. This further supported Esson J.A.'s view that the scheme of the legislation was against a council being liable on implied terms like in the case at bar. Esson J.A. considered that these kinds of policy questions were appropriately questions for the legislature.

20

Esson J.A. concluded, then, that it was doubtful that contracting not to down-zone would be *intra vires*. However, he preferred to rule based on whether the allegedly implied term was actually implicit or not. On his reading of the record, there had been acknowledgments in the negotiation process that the City retained ultimate control over matters like zoning. After examining the business efficacy rule, he stated that the term could not be implied in fact because the City would not have agreed to it and could not be implied in law because it contradicted the legislature's pro-

qui comportaient des dispositions particulières permettant à une municipalité de faire exactement cela dans certaines circonstances, avaient été abrogées. En l'absence d'une telle mesure législative, il convenait d'interpréter les pouvoirs municipaux de manière à ce que le conseil municipal d'aujourd'hui ne puisse pas lier de futurs citoyens. Se fondant sur les affaires *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709 (C.A.C.-B.), et *Ingledew's Ltd. c. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41 (C.S.C.-B.), le juge Esson a statué que le seul fait de prévoir que la Ville serait tenue de verser des dommages-intérêts pouvait effectivement lier une future administration municipale. Le juge Esson a conclu que la Ville n'avait pas compétence pour lier de futurs conseils dans un contexte comme celui de la soi-disant clause implicite.

De plus, le juge Esson était d'avis que le par. 972(1) de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, empêchait d'intenter contre une municipalité des actions fondées sur les changements de valeur résultant d'une modification de zonage. Le législateur avait établi une exception à cette règle au par. 972(2). Il aurait pu créer d'autres exceptions, mais il ne l'a pas fait. Cela étayait d'autant plus le point de vue du juge Esson, selon lequel l'économie de la mesure législative militait contre l'idée que la responsabilité d'un conseil municipal soit engagée en vertu de clauses implicites comme celle dont il est question en l'espèce. Le juge Esson considérait qu'il appartenait au législateur de trancher de telles questions de politique générale.

Le juge Esson a alors conclu qu'il était douteux que s'engager par contrat à ne pas modifier le zonage soit *intra vires*. Cependant, il a préféré fonder sa décision sur la question de savoir si la soi-disant clause implicite était vraiment implicite. Selon son interprétation du dossier, il avait été reconnu, au cours du processus de négociation, que la Ville conserverait en fin de compte le contrôle de certaines matières comme le zonage. Après avoir examiné la règle de l'efficacité commerciale, le juge Esson a déclaré que la clause ne pouvait être ni implicite en fait parce que la Ville n'y aurait

nounced policy. Thus, the implication of the term had to be set aside.

In the circumstances, Esson J.A., writing for the unanimous Court of Appeal, held that the alleged term could not be implied and would likely be *ultra vires*. Thus, the City could not be liable in contract. However, because the matter had not been dealt with below, the case would be remitted for trial on the unjust enrichment issue.

IV. Relevant Statutory Provisions

Land Title Act, R.S.B.C. 1979, c. 219 (now R.S.B.C. 1996, c. 250)

23. (1) Every indefeasible title, as long as it remains in force and uncancelled, shall be conclusive evidence at law and in equity, as against the Crown and all other persons, that the person named in the title is indefeasibly entitled to an estate in fee simple to the land described in the indefeasible title, subject to. . . .

108. . . .

(2) Where the subdivided area shown in and included in a subdivision or reference plan deposited in the land title office before or after this section comes into force adjoins land covered by water, and the land is included in the subdivider's indefeasible title and adjoins land the title to which is vested in Her Majesty the Queen in right of the Province, the deposit shall be deemed to be a transfer in fee simple of the first mentioned land to Her Majesty the Queen in right of the Province, and the title of the registered owner to the first mentioned land covered by water shall be deemed to be extinguished.

215. (1) A covenant, whether of a negative or positive nature,

(a) in respect of

- (i) the use of land; or
- (ii) the use of a building on or to be erected on land;

pas souscrit, ni implicite en droit parce qu'elle allait à l'encontre de la politique explicite du législateur. Ainsi, l'existence implicite de cette clause devait être écartée.

Dans les circonstances, le juge Esson a statué, au nom d'une cour d'appel unanime que la clause dont l'existence était alléguée ne pouvait être implicite et qu'elle serait vraisemblablement *ultra vires*. La responsabilité contractuelle de la Ville ne pouvait donc pas être engagée. Cependant, du fait que cette question n'avait pas été examinée en première instance, l'affaire a été renvoyée à procès sur la question de l'enrichissement sans cause.

IV. Les dispositions législatives pertinentes

Land Title Act, R.S.B.C. 1979, ch. 219 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 250)

[TRADUCTION]

23. (1) Tant qu'il reste en vigueur et n'a pas été révoqué, le titre inattaquable est une preuve concluante en common law et en *equity*, opposable à l'État et à toute autre personne, que la personne dont le nom figure sur ce titre possède de façon irrévocable le droit de propriété foncière en fief simple sur le bien-fonds y décrit, sous réserve de

108. . . .

(2) Lorsque le secteur loti qui figure sur le plan de lotissement ou de renvoi déposé au bureau d'enregistrement foncier avant la date d'entrée en vigueur du présent article, ou après cette date, est contigu à un bien-fonds recouvert d'eau et que celui-ci est assujetti au titre de propriété inattaquable du lotisseur et est contigu à un bien-fonds dévolu à Sa Majesté la Reine du chef de la province, le dépôt en question est réputé constituer une cession en fief simple du bien-fonds recouvert d'eau à Sa Majesté la Reine du chef de la province, et le titre du propriétaire inscrit du bien-fonds recouvert d'eau est réputé éteint.

215. (1) L'engagement de faire ou de ne pas faire qui, selon le cas:

a) concerne:

- (i) soit l'utilisation d'un bien-fonds,
- (ii) soit l'utilisation d'un immeuble situé sur un bien-fonds ou devant y être érigé;

- (b) that land is or is not to be built on;
- (c) that land is not to be subdivided, or if subdivision is permitted by the covenant, is not to be subdivided except in accordance with the covenant; or
- (d) that several parcels of land designated in the covenant and registered under one or more indefeasible titles are not to be sold or transferred separately

in favour of the Crown or a Crown corporation or agency or of a municipality or a regional district, in this section referred to as the "covenantee", may be registered as a charge against the title to that land and is enforceable against the covenantor and his successors in title, even if the covenant is not annexed to land owned by the covenantee.

- b) prévoit que des ouvrages pourront ou ne pourront pas être construits sur un bien-fonds;
- c) prévoit que le bien-fonds ne doit pas être loti, sauf conformément à l'engagement;
- d) prévoit que certaines parcelles qui y sont désignées et pour lesquelles un seul ou plusieurs titres inattaquables ont été enregistrés ne doivent être ni vendues ni cédées séparément

en faveur de l'État, d'une société d'État ou de tout autre organisme public, ou encore d'une municipalité ou d'un district régional, appelés dans le présent article «bénéficiaire de l'engagement», peut être enregistré comme une charge grevant le titre de ce bien-fonds et est opposable à l'auteur de l'engagement et à ses ayants droit, même si cet engagement n'est pas annexé au bien-fonds appartenant au bénéficiaire de l'engagement.

(3) Where an instrument contains a covenant registrable under this section, the covenant is binding on the covenantee and his successors in title, notwithstanding that the instrument or other disposition has not been signed by the covenantee.

(3) Lorsqu'un acte contient un engagement qui peut être enregistré en vertu du présent article, celui-ci lie le bénéficiaire de l'engagement et ses ayants droit, même s'il n'a pas signé l'acte ni souscrit à une autre forme d'aliénation.

Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290 (now R.S.B.C. 1996, c. 323)

Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 323)

[TRADUCTION]

- 963.** (1) A local government may, by bylaw,
- (a) divide the whole or part of the municipality or regional district, as the case may be, into zones, name each zone and show by map or describe by legal description the boundaries of the zones,
 - (b) limit the vertical extent of a zone and provide other zones above or below it, and
 - (c) regulate within the zones
 - (i) the use of land, buildings and structures,
 - (ii) the density of the use of land, buildings and structures, and
 - (iii) the siting, size and dimensions of
 - (A) buildings and structures, and
 - (B) uses that are permitted on the land, and
 - (d) regulate the shape, dimensions and area, including the establishment of minimum and maximum sizes,

- 963.** (1) Une administration municipale peut, par règlement:
- a) diviser en zones la totalité ou une partie de la municipalité ou du district régional, selon le cas, nommer chacune d'elles et les délimiter au moyen d'une carte ou d'une description légale;
 - b) limiter l'étendue verticale d'une zone et établir d'autres zones au-dessus ou au-dessous de celle-ci;
 - c) régir à l'intérieur des zones:
 - (i) l'utilisation du sol, des immeubles et des ouvrages,
 - (ii) la densité de l'utilisation du sol, des immeubles et des ouvrages,
 - (iii) le choix de l'emplacement, la taille et les dimensions:
 - (A) des immeubles et ouvrages,
 - (B) des usages qui peuvent être faits du sol;
 - d) régir la forme, les dimensions et la superficie, y compris l'établissement des tailles minimale et maxi-

- of all parcels of land that may be created by subdivision, and
- (i) the regulations may be different for different areas, and
 - (ii) the boundaries of those areas need not be the same as the boundaries of zones created under subsection 1(a).
- (2) The regulations under subsection (1) may be different for different
- (a) zones,
 - (b) uses within a zone,
 - (c) standards of works and services provided, and
 - (d) siting circumstances
- as specified in the bylaw.

(3) The power to regulate under subsection (1) includes the power to prohibit any use or uses in any zone or zones.

972. (1) Compensation is not payable to any person for any reduction in the value of that person's interest in land, or for any loss or damages that result from the adoption of an official community plan, a rural land use bylaw or a bylaw under this Division or the issue of a permit under Division (5).

980. . . .

(5) A local government may issue more than one permit for an area of land, and the land shall be developed strictly in accordance with the permit or permits issued, which shall also be binding on the local government.

V. Issues

There are two basic issues in this case. First, on the appeal, the question is whether the City was liable to pay damages under an implied contractual term that the municipality would not rezone before the expiration of a reasonable period of time. Second, on the cross-appeal, the question is whether the City can successfully argue that s. 108(2) of the *Land Title Act* means that PNI does not even have title to the land in question. I turn now to analyzing these questions.

male, de toutes les parcelles qui peuvent être créées par lotissement, sauf que:

- (i) la réglementation peut varier d'un secteur à l'autre,
 - (ii) les limites de ces secteurs peuvent être différentes de celles des zones créées en vertu de l'alinéa a).
- (2) La réglementation en vertu du paragraphe (1) peut, selon ce qui est prévu par le règlement, varier selon:
- a) les zones;
 - b) les usages à l'intérieur d'une zone;
 - c) les normes des travaux effectués et des services fournis;
 - d) les circonstances du choix de l'emplacement.

(3) Le pouvoir de réglementation prévu au paragraphe (1) comprend le pouvoir d'interdire toute utilisation dans une zone donnée.

972. (1) Aucune indemnité n'est payable à quiconque pour la diminution de la valeur d'un bien-fonds, ou pour toute perte ou tous dommages résultant de l'adoption d'un plan communautaire officiel, d'un règlement relatif à l'utilisation de terres rurales, d'un règlement pris en vertu de la présente division ou de la délivrance d'un permis en vertu de la division (5).

980. . . .

(5) Une administration locale peut délivrer plus d'un permis pour un secteur, et les biens-fonds de ce secteur doivent être aménagés strictement en conformité avec le ou les permis délivrés, lesquels lient également l'administration locale.

V. Questions en litige

Deux questions fondamentales sont soulevées en l'espèce. Premièrement, dans le pourvoi principal, la question est de savoir si la Ville était tenue de verser des dommages-intérêts en vertu d'une clause contractuelle implicite selon laquelle la municipalité ne modifierait pas le zonage avant l'expiration d'un délai raisonnable. Deuxièmement, dans le pourvoi incident, il s'agit de savoir si la Ville peut soutenir avec succès que, selon le par. 108(2) de la *Land Title Act*, la PNI n'a même

VI. Analysis

24

If we were to allow the City's cross-appeal, PNI would no longer have title to the land in question, and the appeal itself would thus become meaningless. Thus, I propose to deal with the cross-appeal first. After explaining why it must be dismissed, I will then turn to the appeal itself and why it too must not be allowed.

25

A. *Does Section 108(2) of the Land Title Act Mean that PNI Does Not even Have Title to the Land in Question?*

The cross-appeal presents a discrete, technical problem of statutory interpretation. It has ultimately consisted of much argument on the small, obscure, and even somewhat peculiar s. 108(2) of British Columbia's *Land Title Act*. This subsection provides in certain circumstances for a deemed transfer of title to the Crown and extinguishment of fee simple. I can find no good reason to interfere with the British Columbia Court of Appeal's interpretation of this subsection of their provincial statute. Indeed, on the contrary, there is solid reason to reject the City's interpretation and to affirm the conclusion reached by both levels of courts in British Columbia.

26

In interpreting legislation, our Court and its members must be guided by long-standing and well-accepted principles of statutory interpretation. One such principle states that potentially confiscatory legislation ought to be construed cautiously so as not to strip individuals of their rights without the legislation being clear as to this intent. As described by P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 482, "encroachments on the enjoyment of property should be interpreted rigourously and strictly.... The courts require that the legislature express himself extremely clearly where there is an intention to

pas un droit de propriété sur le bien-fonds en question. Je vais maintenant analyser ces questions.

VI. Analyse

Si nous devions accueillir le pourvoi incident de la Ville, la PNI n'aurait plus aucun droit de propriété sur le bien-fonds en question et le pourvoi principal deviendrait ainsi dénué de sens. Je compte donc commencer par examiner le pourvoi incident. Après avoir expliqué pourquoi il doit être rejeté, je vais examiner le pourvoi principal et expliquer pourquoi il ne doit pas, lui non plus, être accueilli.

A. *Le paragraphe 108(2) de la Land Title Act signifie-t-il que la PNI n'a même pas un droit de propriété sur le bien-fonds en question?*

Le pourvoi incident pose un problème technique distinct d'interprétation législative. On y a, en fin de compte, beaucoup débattu le par. 108(2) de la *Land Title Act* de la Colombie-Britannique, qui est une petite disposition obscure et quelque peu singulière. Ce paragraphe établit, dans certaines circonstances, une présomption de cession du droit de propriété à l'État et d'extinction de la propriété en fief simple. Je ne vois aucune raison valable de modifier l'interprétation que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a donnée à ce paragraphe de la loi de cette province. En fait, il existe au contraire un motif sérieux de rejeter l'interprétation donnée par la Ville et de confirmer la conclusion tirée par les deux tribunaux de la Colombie-Britannique.

Lorsqu'ils interprètent des lois, les juges de notre Cour doivent être guidés par des principes d'interprétation législative traditionnels reconnus. L'un de ces principes veut que l'on interprète avec prudence une mesure législative potentiellement spoliatrice afin d'éviter que des individus ne soient dépouillés de leurs droits en l'absence d'une intention claire en ce sens dans la mesure législative en cause. Comme l'explique P.-A. Côté, dans *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), à la p. 607, il existe un principe d'interprétation «qui veut que les restrictions au droit de jouir librement des biens soient interprétées d'une manière rigoureuse et res-

expropriate or confiscate without compensation.” (See also *Leiriao v. Val-Bélair (Town)*, [1991] 3 S.C.R. 349, at p. 357; *Hongkong Bank of Canada v. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 S.C.R. 167, at p. 197.)

Given s. 108(2)’s clear confiscatory effect, the lower courts have appropriately given it a strict interpretation and thus avoided what the Court of Appeal termed “a result that could fairly be called absurd and unconscionable” (para. 15). The trial judge held in the oral hearing on the *voir dire* that a necessary implication of the subsection’s wording was that the subsection did not apply to any subdivided area itself but simply to adjoining land. The Court of Appeal upheld the trial judge’s “reasonable interpretation [that] accords with the purpose of the enactment” (para. 15). I too consider this to be the correct interpretation of the subsection. The subsection uses two terms, “subdivided area” and “land”, that must be read to refer to different things. The text, after all, refers to the “land” as adjoining the “subdivided area”. The subsection results in a change of title only for this “land” and thus not for the “subdivided area”. It is concerned not with the lots created through subdivision but with other areas within the titled land that amount to remainders.

On this interpretation of s. 108(2), it is clear that the subsection can have no application to the facts before us. As the courts below correctly determined, the water lots in question are part of the subdivided area on the subdivision plan and are in no way remainders. They are thus not within the scope of s. 108(2). Given this conclusion, I see no need to discuss the argument that the City lacked standing to raise this argument. I do note in passing my doubts on the proposition that the indefeasibility principle in s. 23(1), designed as a curtain against past interests, can operate as a bar to stand-

trictive. [...] [L]es tribunaux exigent du législateur qui veut opérer une expropriation sans indemnité ou une confiscation qu'il s'exprime très clairement à cet effet.» (Voir également *Leiriao c. Val-Bélair (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349, à la p. 357; *Banque Hongkong du Canada c. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 R.C.S. 167, à la p. 197.)

Étant donné l’effet clairement spoliateur du par. 108(2), les tribunaux d’instance inférieure lui ont donné à juste titre une interprétation stricte et ont ainsi évité ce que la Cour d’appel considérait comme un [TRADUCTION] «résultat qui pourrait vraiment être qualifié d’absurde et d’inique» (par. 15). Lors de l’audition relative au *voir-dire*, le juge de première instance a conclu qu’il était nécessairement implicite dans le texte du paragraphe en cause que celui-ci s’appliquait non pas au secteur loti lui-même, mais uniquement aux biens-fonds contigus. La Cour d’appel a confirmé [TRADUCTION] «l’interprétation raisonnable [du juge de première instance] [qui est] conforme à l’objet du texte législatif» (par. 15). J’estime moi aussi que c’est la bonne façon d’interpréter le paragraphe. On y retrouve deux expressions, [TRADUCTION] «secteur loti» et «bien-fonds», qui doivent s’interpréter comme désignant deux choses différentes. Après tout, le texte parle du «bien-fonds» qui est contigu au «secteur loti». Le paragraphe entraîne ainsi un changement du droit de propriété seulement à l’égard de ce «bien-fonds» et non pas à l’égard du «secteur loti». Il vise non pas les lots résultant d’un lotissement, mais plutôt les autres secteurs qui constituent le reste du bien-fonds visé par le droit de propriété.

Suivant cette interprétation du par. 108(2), il est clair qu’il ne peut pas s’appliquer aux faits dont nous sommes saisis. Comme les tribunaux d’instance inférieure l’ont décidé à juste titre, les plans d’eau en question font partie du secteur loti figurant dans le plan de lotissement et ne sont aucunement résiduels. Ils ne sont donc pas visés par le par. 108(2). Étant donné cette conclusion, je ne vois pas l’utilité d’analyser l’argument selon lequel la Ville n’avait pas qualité pour avancer cet argument. En passant, j’ai des doutes au sujet de la proposition selon laquelle le principe de l’intangibili-

ing on the present operations of a statutory section such as s. 108(2) of the *Land Title Act*. But the principles governing standing are set out elsewhere in our jurisprudence, and I need not make any decisions on these issues here given that the cross-appeal ultimately fails on its merits.

29 Thus, there was no error in the courts below on the merits of this issue. Accordingly, I would dismiss the cross-appeal.

B. Was the City Liable to Pay Damages Under an Implied Contractual Term that the Municipality Would Not Rezone Before the Expiration of a Reasonable Period of Time?

1. Introduction

The Alleged Implied Term

30 In the end, the appellant rests its case on the argument that the City of Victoria is bound by an implied term to keep the zoning in place for a number of years and to pay damages if it modifies it. The onus was on the appellant to demonstrate that such a term would be legal and in conformity with the legislation governing municipalities and with the public policy considerations underpinning the legislative rules. It would also have to demonstrate that such an implied term has indeed been agreed to by the parties and should thus be read into their contract. (*M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, at para. 27, *per* Iacobucci J. citing *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, at p. 775, *per* Le Dain J.) Reading in of such a term is an act of judicial authority particularly important in the context of a contractual relationship with municipalities, owing to the

special nature of their powers and their societal functions.

lité, prévu au par. 23(1) pour protéger contre certains droits antérieurs, peut faire disparaître la qualité pour agir en vertu d'une disposition législative comme le par. 108(2) de la *Land Title Act*. Cependant, les principes qui régissent la qualité pour agir sont énoncés ailleurs dans notre jurisprudence et je n'ai pas à trancher ces questions en l'espèce puisque le pourvoi incident est, en définitive, rejeté sur le plan du fond.

Les tribunaux d'instance inférieure n'ont ainsi commis aucune erreur quant au fond de cette question. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi incident.

B. La Ville était-elle tenue de verser des dommages-intérêts en vertu d'une clause contractuelle implicite selon laquelle la municipalité ne modifierait pas le zonage avant l'expiration d'un délai raisonnable?

1. Introduction

La clause implicite dont l'existence est alléguée

En définitive, l'appelante fait valoir que la ville de Victoria est liée par une clause implicite selon laquelle elle maintiendra le zonage pendant un certain nombre d'années et payera des dommages-intérêts si elle le modifie. Il incombaît à l'appelante de démontrer qu'une telle clause serait légale et conforme à la législation régissant les municipalités et avec les considérations d'ordre public qui sous-tendent les règles législatives. Elle devrait également établir que les parties ont vraiment souscrit à une telle clause implicite qui devrait, par conséquent, être considérée comme faisant partie de leur contrat. (*M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, au par. 27, où le juge Iacobucci cite l'arrêt *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, à la p. 775, le juge Le Dain.) Décider qu'une telle clause est incluse est un exercice de pouvoir judiciaire particulièrement important dans le contexte d'une relation contractuelle avec des municipalités, en raison de la nature particulière de leurs pouvoirs et de leurs fonctions sociales.

In the absence of evidence and given the onus on the party alleging the implied term, reading such a term into the contract between the parties in the case at bar would be a purely discretionary exercise of judicial power. It would lack any evidentiary foundation. Indeed, the City never conceded the existence of such a term either in its factum or at the hearing in our Court. Its counsel consistently maintained that such a term would infringe the law and negate important public policy considerations.

This alleged term would have far reaching implications. As explained by the appellant, it would amount to a clear commitment by the City to bind itself not to exercise in the future for an indefinite period some of its most important regulatory powers about zoning and construction. To give effect to the alleged term, the appellant needs to demonstrate that such a power exists and that this term is not illegal or contrary to fundamental principles of public policy. In addition to proving the existence of such a term, the party alleging it has to demonstrate that it is neither *ultra vires* nor illegal.

2. The Nature of Municipal Governments

Municipal governments are democratic institutions through which the people of a community embark upon and structure a life together. Even in this context, however, nobody can challenge the proposition that municipal governments are creatures of the legislature — a municipal government has only those powers granted to it by provincial legislation:

[TRANSLATION] A municipality is a creature of statute and has only those powers that have been expressly delegated to it or that are directly derived from the powers so delegated. . . .

(J. Hétu, Y. Duplessis and D. Pakenham, *Droit municipal: Principes généraux et contentieux* (1998), at p. 13; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, at p. 346)

En l'absence de preuve et vu le fardeau qui incombe à la partie qui allègue l'existence de la clause implicite, considérer qu'une telle clause fait partie du contrat conclu par les parties en l'espèce constituerait un exercice purement discrétionnaire de pouvoir judiciaire, qui ne reposerait sur aucune preuve. En réalité, la Ville n'a jamais reconnu l'existence d'une telle clause, ni dans son mémoire, ni à l'audience devant notre Cour. Son avocat a constamment soutenu qu'une telle clause contreviendrait à la loi et à d'importantes considérations d'ordre public.

Cette prétendue clause aurait des conséquences d'une grande portée. Comme l'a expliqué l'appelante, elle constituerait un engagement clair de la Ville de s'abstenir d'exercer, pendant une période indéterminée, certains des pouvoirs de réglementation les plus importants qu'elle détient en matière de zonage et de construction. Pour appliquer la prétendue clause, l'appelante doit démontrer qu'un tel pouvoir existe et que cette clause n'est ni illégale ni contraire aux principes fondamentaux de l'ordre public. La partie qui allègue l'existence d'une telle clause doit, en plus de prouver qu'elle existe, démontrer qu'elle n'est ni *ultra vires* ni illégale.

2. La nature des administrations municipales

Les administrations municipales forment des institutions démocratiques. Elles permettent aux membres d'une collectivité de s'organiser pour vivre ensemble. Cependant, même dans ce contexte, nul ne peut contester la proposition selon laquelle les administrations municipales sont des créatures du législateur — une administration municipale ne possède que les pouvoirs que lui confère une mesure législative provinciale:

Créature de la loi, une municipalité ne possède que les pouvoirs que lui ont été délégués expressément ou qui découlent directement de pouvoirs ainsi délégués . . .

(J. Hétu, Y. Duplessis et D. Pakenham, *Droit municipal: Principes généraux et contentieux* (1998), à la p. 13; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, à la p. 346)

31

32

33

There is no doubt about this principle, and our Court has unanimously reaffirmed it in its decision in *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 409, 2000 SCC 45, at para. 33. (See generally Hétu, Duplessis and Pakenham, *supra*, at pp. 8-13.)

34

Given that provincial legislation will determine the limits on the City's powers, it is to provincial legislation that we must turn to answer the fundamental question of whether the City had the capacity to make and be bound by the contractual term that PNI alleges. Only if it did have this capacity under the relevant provincial legislation could there be any issue as to whether the set of interlocking agreements here gave rise to such a contractual obligation. Thus, the question becomes the content of the pertinent provincial legislation in force at the relevant time.

35

In embarking on my analysis of British Columbia's municipal government legislation, I am mindful of the recent words of Major J. in *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13: "There is ample authority, on the interpretation of statutes generally and of municipal statutes specifically, to support a broad and purposive approach" (para. 18). Major J. also cited this comment from Iacobucci J.'s reasons in *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674, at p. 688: "a court should look to the purpose and wording of the provincial enabling legislation when deciding whether or not a municipality has been empowered to pass a certain by-law". (*Nanaimo*, at para. 19). These words do not mean that municipal jurisdiction is to be read in an unlimited way. Indeed the judgment of this Court in *Greenbaum*, *supra*, suggests that the purposive aspects of the interpretation apply only to the scope of expressly conferred powers. Municipalities have only those powers expressly conferred on them, powers necessarily following from these, or powers essential to municipal purposes (*R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650, at p. 668, affirmed in *Nanaimo*, *supra*, at para. 17).

Ce principe est bien établi et notre Cour l'a de nouveau confirmé à l'unanimité dans son arrêt *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 409, 2000 CSC 45, au par. 33. (Voir généralement Hétu, Duplessis et Pakenham, *op. cit.*, aux pp. 8 à 13.)

Vu que la mesure législative provinciale circonscrit les pouvoirs de la Ville, c'est à elle que nous devons faire appel pour répondre à la question fondamentale de savoir si la Ville pouvait établir la clause contractuelle dont la PNI allègue l'existence, et être liée par celle-ci. C'est seulement si la Ville jouissait de cette capacité en vertu de la mesure législative provinciale pertinente que pourrait se poser la question de savoir si l'ensemble de contrats interdépendants étudiés a engendré une telle obligation contractuelle. Se pose alors la question du contenu de la mesure législative provinciale pertinente en vigueur au cours de la période visée.

J'aborde l'analyse de la mesure législative applicable aux administrations municipales en Colombie-Britannique, en gardant à l'esprit les propos que tenait récemment le juge Major dans *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13: «Une abondante jurisprudence en matière d'interprétation des lois en général et des lois sur les municipalités en particulier favorise une interprétation large, fondée sur l'objet visé» (par. 18). Le juge Major a également cité le commentaire suivant tiré des motifs du juge Iacobucci dans l'arrêt *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, à la p. 688: «lorsqu'il doit déterminer si une municipalité a été habilitée à adopter un certain règlement, le tribunal devrait examiner l'objet et le texte de la mesure législative provinciale habilitante» (*Nanaimo*, au par. 19). Ces mots ne signifient pas que la compétence des municipalités doit être interprétée d'une manière illimitée. En fait, l'arrêt *Greenbaum*, précité, de notre Cour indique que les aspects téléologiques de l'interprétation ne s'appliquent qu'à l'étendue des pouvoirs expressément conférés. Les municipalités ne possèdent que les pouvoirs qui leur sont expressément conférés, les pouvoirs qui découlent nécessairement des pouvoirs expressément conférés ou

encore les pouvoirs qui sont essentiels à la réalisation des fins municipales (*R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, à la p. 668, confirmé dans *Nanaimo*, précité, au par. 17).

In interpreting municipal powers, then, we should look at the text and context of the legislation. A careful examination of the text of the legislation, its legislative history, judicial interpretation and underlying objects and policy rationales demonstrates that the City did not have the capacity to make and be bound by a contractual term such as the one alleged to exist in this case. If there was any such term implicit in the agreements in the case before us, it was *ultra vires* and contrary to well-established public policy.

36

Par conséquent, en interprétant les pouvoirs municipaux, nous devrions tenir compte du texte et du contexte de la mesure législative en cause. Un examen attentif du texte de la mesure législative, de son historique législatif, de l'interprétation que lui ont donnée les tribunaux, ainsi que des objectifs et raisons de principe qui la sous-tendent démontre que la Ville ne pouvait ni inclure une stipulation contractuelle comme celle dont l'existence est alléguée en l'espèce, ni être liée par celle-ci. Si une telle clause était implicite dans les contrats dont nous sommes saisis en l'espèce, elle serait *ultra vires* et contraire à l'ordre public établi.

3. Legislative Text

In seeking to demonstrate that the City had the capacity to agree to the kind of term PNI alleges, it is incumbent on PNI to find some textual basis for this capacity. The general zoning capacity is found in ss. 963 and 972 of the *Municipal Act*. PNI attempts to find something binding on the City in s. 980(5) of the *Municipal Act* and s. 215 of the *Land Title Act*, as well as in arguments about an implied power that would give rise to this capacity.

37

3. Le texte législatif

Pour démontrer que la Ville pouvait souscrire au type de clause dont la PNI allègue l'existence, il incombe à la PNI de trouver un fondement textuel à cette capacité. La capacité générale en matière de zonage est conférée par les art. 963 et 972 de la *Municipal Act*. La PNI tente de trouver une disposition qui lie la Ville dans le par. 980(5) de la *Municipal Act* et l'art. 215 de la *Land Title Act*, de même que dans les arguments concernant l'existence d'un pouvoir implicite qui engendrerait cette capacité.

38

Section 963 of the *Municipal Act* provides for the power to zone by by-law. Inherent in this is that a municipality may change its zoning in the same way. Moreover, s. 972(1) of the same statute states that no compensation is payable to any person for reduced land values due to changes in zoning. There is a very specific exception from this latter rule in s. 972(2). Whether or not s. 972 would serve as a specific bar to a claim such as the one in the case at bar, it and s. 963 together clearly show the scheme of the statute. Zoning is a legislative power. On its face, the statute provides for no power to constrain the future use of this legislative

L'article 963 de la *Municipal Act* confère le pouvoir de zoner par règlement. Cela implique que la municipalité peut modifier son zonage de la même manière. En outre, le par. 972(1) de la même loi prévoit qu'aucune indemnité n'est payable à quiconque pour la diminution de la valeur d'un bien-fonds résultant d'une modification de zonage. On trouve au par. 972(2) une exception très particulière à cette dernière règle. Peu importe que l'art. 972 empêche ou non expressément un recours comme celui dont il est question en l'espèce, cet article et l'art. 963, pris ensemble, démontrent clairement l'économie de la Loi. Le

power. The legislature has generally considered that municipalities should not pay compensation for how they use this legislative power. These principles all militate against PNI's case from the outset.

zonage représente un pouvoir de réglementation. À première vue, la Loi n'accorde aucun droit de limiter l'exercice futur de ce pouvoir de réglementation. Le législateur a considéré de manière générale que les municipalités ne devraient verser aucune indemnité pour la façon dont elles exercent ce pouvoir de réglementation. Au départ, ces principes militent tous contre la thèse de la PNI.

39

PNI argues, of course, that it can find the capacity it seeks through s. 215 of the *Land Title Act* or through s. 980(5) of the *Municipal Act*. In particular, first, it cites s. 215(3) of the *Land Title Act*, which reads “[w]here an instrument contains a covenant registrable under this section, the covenant is binding on the covenantee and his successors in title, notwithstanding that the instrument or other disposition has not been signed by the covenantee” (emphasis added). Based on the registered BCEC covenant, then, PNI seemingly tries to argue that the City was bound to keep zoning that would allow BCEC or its successor PNI to fulfill its plans. But this is an argument that leads ultimately to an absurd result. In making it, PNI asserts that because its predecessor has made a covenant in favour of the City in order to allow itself to be subject to the City's legislative powers, the City is bound by the covenant. In other words, the person to whom a promise was made is bound by it. One wonders if there might not be an error in this section, especially when s. 215(1) *in fine* by contrast, describes how the covenant is “enforceable against the covenantor”. And, indeed, British Columbia later corrected the words of the s. 215(3) on which PNI relies, by amending them in 1989 to read “binding on the covenantor”: *Land Title Amendment Act, 1989*, S.B.C. 1989, c. 69, s. 22.

40

Although there are statutes whose strict reading might make this more complicated, typographical errors in legislation should not ordinarily compel us to read statutes absurdly. As Côté, *supra*, notes at p. 390,

La PNI soutient évidemment qu'elle peut trouver la capacité qu'elle cherche dans l'art. 215 de la *Land Title Act* ou le par. 980(5) de la *Municipal Act*. En particulier, elle commence par citer le par. 215(3) de la *Land Title Act*, qui prévoit que [TRADUCTION] «[I]orsqu'un acte contient un engagement qui peut être enregistré en vertu du présent article, celui-ci lie le bénéficiaire de l'engagement et ses ayants droit, même s'il n'a pas signé l'acte ni souscrit à une autre forme d'aliénation» (je souligne). Compte tenu alors de l'engagement enregistré de la BCEC, la PNI semble tenter de soutenir que la Ville était tenue de maintenir en vigueur le zonage qui permettrait à la BCEC, ou à son successeur la PNI, de réaliser ses projets. Cependant, il s'agit là d'un argument qui mène, en fin de compte, à un résultat absurde. En l'avançant, la PNI affirme que, parce que son prédécesseur a pris un engagement en faveur de la Ville de manière à s'assujettir aux pouvoirs de réglementation de cette dernière, la Ville est liée par cet engagement. Autrement dit, une personne est liée par la promesse qui lui a été faite. On peut se demander si cet article pourrait comporter une erreur, particulièrement là où, à la fin du par. 215(1), on décrit, par contre, comment l'engagement est [TRADUCTION] «opposable à [son] auteur». En fait, la Colombie-Britannique a, par la suite, corrigé les termes du par. 215(3) invoqués par la PNI en les remplaçant, en 1989, par [TRADUCTION] «lie son auteur»: *Land Title Amendment Act, 1989*, S.B.C. 1989, ch. 69, art. 22.

Même si l'interprétation restrictive de certaines lois peut rendre la tâche plus ardue les erreurs typographiques qui figurent dans des textes législatifs ne devraient pas normalement nous obliger à leur donner une interprétation absurde. Comme le fait remarquer Côté, *op. cit.*, à la p. 494:

Material errors may slip into a legislative text during the process of drafting or publication. The result may be absurd either in itself, in relation to other provisions of the enactment, or with respect to the aim of the legislation. The law should be interpreted in the light of its aims, passing over obviously defective written expression.

Section 215(3) was clearly intended to provide that a covenant was still binding on the covenantor even when the covenantee had not signed it. The correction of this subsection confirms this understanding. I would read it sensibly in accordance with this true intent. As a result, it is of no use to PNI's case.

PNI has also tried to argue on the basis of s. 980(5) of the *Municipal Act*. As it existed in 1987, this section provided that a development permit was binding on the municipality once issued and might even prevent rezoning. Unfortunately for PNI, it did not have a development permit for Lots 3 and 4. It had obtained a development permit for its earlier work and was preparing to apply for a development permit for Lots 3 and 4 when the municipal council enacted the democratic wishes of the citizenry by changing the zoning on those lots. PNI argues that the City is bound to its earlier zoning irrespective of the rules in the statute, which provide for development permits that bind the municipality and allow the developer to undertake construction within two years (s. 702AA(5), introduced by S.B.C. 1977, c. 57, s. 13(2), consolidated as *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 717, repealed and integrated into ss. 976 and 980(6) of the *Municipal Act* by S.B.C. 1985, c. 79, ss. 4 and 8). But the very fact that the legislature has this system means that it wanted this system and not a slightly altered version thereof. PNI cannot ask us to change the rules on the development permit system so that its project fits within it. So, this argument also is without application in the case at bar.

Il peut se glisser, au moment de la rédaction d'un texte législatif ou au moment de son impression, des erreurs matérielles qui ont pour effet de rendre le texte absurde soit en lui-même, soit dans son rapport avec les autres dispositions et avec sa finalité. Dans ces cas, il est admis que l'on doive accorder plus de poids au but poursuivi par l'auteur qu'à la formulation, manifestement déficiente, du texte législatif.

Le paragraphe 215(3) visait clairement à prévoir qu'un engagement liait toujours son auteur même lorsque la personne à qui il bénéficiait ne l'avait pas signé. La correction apportée à ce paragraphe confirme cette interprétation. Je suis d'avis de l'interpréter raisonnablement en conformité avec son objet véritable. Par conséquent, il n'est d'aucune utilité à la thèse de la PNI.

La PNI a également tenté d'invoquer le par. 980(5) de la *Municipal Act*. Tel qu'il existait en 1987, cet article prévoyait qu'une fois délivré un permis d'aménagement liait la municipalité et pouvait même empêcher une modification de zonage. Malheureusement pour elle, la PNI ne détenait aucun permis d'aménagement pour les lots 3 et 4. Elle avait obtenu un tel permis pour les travaux qu'elle avait déjà effectués et se préparait à en demander un autre pour les lots 3 et 4, lorsque le conseil municipal a suivi la volonté démocratique des citoyens en modifiant le zonage de ces lots. La PNI prétend que la Ville était liée par son zonage antérieur, indépendamment des règles établies par la Loi qui prévoient la délivrance de permis d'aménagement liant la municipalité et autorisant le promoteur immobilier à entreprendre les travaux de construction dans un délai de deux ans (par. 702AA(5) introduit par S.B.C. 1977, ch. 57, par. 13(2), devenu l'art. 717 de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, abrogé et incorporé dans l'art. 976 et le par. 980(6) de la *Municipal Act* par S.B.C. 1985, ch. 79, art. 4 et 8). Cependant, le fait même que législateur ait mis sur pied ce système révèle qu'il s'agit bien de celui qu'il avait en tête, et non pas d'une légère variante de ce dernier. La PNI ne peut pas nous demander de changer les règles du système de permis d'aménagement afin de les adapter à son projet. Cet argument ne saurait s'appliquer lui non plus en l'espèce.⁴¹

42

There was some discussion in the course of the oral argument of whether there could be an implied power for the City to enter into an implied term as argued. This implication of an implication begins to tax the imagination. But the question goes to the heart of how we are going to read the legislation. I am satisfied that the text gives no support to any argument that the City could be fettered from changing its zoning. Given that this Court is not in the business of pulling rabbits out of hats, whether we should find an implied power can best be answered by turning to the context of the legislation. I begin with the appreciation of the doctrine of *ultra vires*.

Au cours des plaidoiries, on a débattu la question de savoir si, comme on le faisait valoir, la Ville pouvait détenir un pouvoir implicite de souscrire à une clause implicite. La question de l'existence d'un pouvoir implicite de souscrire à une clause implicite commence à solliciter considérablement l'imagination, mais elle touche au cœur de la manière dont nous allons interpréter la mesure législative en cause. Je suis convaincu que le texte n'étaye aucun argument que la Ville pouvait être empêchée de modifier son zonage. La magie n'étant pas l'affaire de notre Cour, la meilleure façon de répondre à la question de savoir si nous devrions conclure à l'existence d'un pouvoir implicite consiste à examiner le contexte de la mesure législative. Je commence par une appréciation de la règle de l'*ultra vires*.

43

In addition, the appellant relies on an implied power to be found more particularly in s. 19 of the *Municipal Act* which grants municipal corporations the power to enter into contracts for materials and services. The appellant also invokes s. 287 which vests incidental powers in municipalities. The appellant thus tries to assert an implied power in order to validate an implied term of the contract.

L'appelante se fonde, en outre, sur un pouvoir implicite conféré plus particulièrement par l'art. 19 de la *Municipal Act*, qui accorde aux corporations municipales le pouvoir de conclure des contrats pour l'obtention de biens et de services. Elle invoque aussi l'art. 287 qui confère des pouvoirs accessoires aux municipalités. L'appelante tente donc d'invoquer un pouvoir implicite pour valider une clause implicite du contrat.

44

Municipal powers must receive a broad, purposive but, also, reasonable interpretation as the Court stated in *Nanaimo, supra*, at para. 20, *per* Major J. Reading in an implied power in relation to the exercise of the delegated legislative powers of the municipalities involves other policy considerations than business contracts entered into the normal exercise of the powers of the municipality, in its day-to-day life. The history of the legislative scheme in this respect may also be relied upon to assess the soundness in law of this attempt to read in an implied power to enter into the alleged implied term.

Les pouvoirs d'une municipalité doivent recevoir une interprétation téléologique large mais aussi raisonnable, comme notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Nanaimo*, précité, au par. 20, le juge Major. Considérer qu'un pouvoir implicite existe relativement à l'exercice des pouvoirs délégués de réglementation des municipalités fait intervenir d'autres considérations d'ordre public que les contrats commerciaux conclus au jour le jour dans l'exercice normal des pouvoirs de la municipalité. On peut aussi se fonder sur l'historique du régime législatif à cet égard pour évaluer le bien-fondé, sur le plan juridique, de cette tentative de soutenir qu'il existe un pouvoir implicite de souscrire à la clause implicite dont l'existence est alléguée.

4. The Doctrine of Ultra Vires

4. La règle de l'*ultra vires*

The Legislative History: The Absence of an Express Power

As Rand J. once stated, “That we may look at the history of legislation to ascertain its present meaning is undoubted” (*City of Vancouver v. B.C. Telephone Co.*, [1951] S.C.R. 3, at p. 8). Looking at the legislation in place preceding and following the events at issue in this appeal provides at least a context for comparison and might even shed light on the meaning of the statutory framework as it existed at the relevant time. I propose, then, to survey briefly the land use contracts system of the 1970s as well as the later 1993 law that permits the trading of zoning for amenities.

From 1971 to 1978, British Columbia had a land use contracts system. This appears to have been the only Canadian experience with a full-fledged system of this kind: see I. M. Rogers, *Canadian Law of Planning and Zoning* (loose-leaf), at para. 5.116. This system was essentially a means of enabling municipalities to commit to particular zoning by contract. As described in one case, “[t]he land use contract process foresaw the possibility that subsequent municipal councils might take a different view of matters than their predecessors. The land use contract was intended to provide certainty for both developers and municipalities” (*Martin Corp. v. West Vancouver (District)* (1993), 85 B.C.L.R. (2d) 305 (S.C.), at para. 27). As a result, a land use contract could not be displaced or altered by a subsequent by-law (*ibid.*). Section 702A of the *Municipal Act* at that time, based on certain conceptions of appropriate policy with respect to municipal governments, thus provided for zoning by contract.

However, British Columbia’s legislature chose to repeal this system: *Municipal Amendment Act, 1977*, S.B.C. 1977, c. 57, s. 13(1) (proclaimed into force for November 15, 1978 by B.C. Reg. 259/78). It replaced the system with the more lim-

L’historique législatif: l’absence de pouvoir explicite

Comme l’a déjà affirmé le juge Rand, [TRADUCTION] «[i]l ne fait aucun doute que nous pouvons examiner l’historique d’une mesure législative pour en déterminer le sens actuel» (*City of Vancouver c. B.C. Telephone Co.*, [1951] R.C.S. 3, à la p. 8). L’examen des textes législatifs en vigueur avant et après les événements en cause dans le présent pourvoi fournit au moins un contexte à des fins de comparaison et est même susceptible de clarifier le sens du cadre législatif, tel qui existait au moment pertinent. Je compte donc examiner brièvement le système de contrats d’utilisation du sol qui existait dans les années 70, de même que la loi subséquente de 1993 qui permet l’échange d’un zonage contre des améliorations.

De 1971 à 1978, la Colombie-Britannique a disposé d’un système de contrats d’utilisation du sol, et semble avoir été la seule au Canada à avoir eu recours à un système complet de cette nature: voir I. M. Rogers, *Canadian Law of Planning and Zoning* (feuilles mobiles), au par. 5.116. Ce système permettait essentiellement d’habiliter les municipalités à s’engager par contrat à adopter un zonage particulier. Comme on l’a expliqué dans une affaire, [TRADUCTION] «[l]e processus contractuel d’utilisation du sol prévoyait que des conseils municipaux subséquents pourraient adopter un point de vue différent de leurs prédecesseurs à l’égard de certaines questions. Le contrat d’utilisation du sol visait à apporter la certitude tant aux promoteurs immobiliers qu’aux municipalités.» (*Martin Corp. c. West Vancouver (District)* (1993), 85 B.C.L.R. (2d) 305 (C.S.), au par. 27). En conséquence, un contrat d’utilisation du sol ne pouvait être ni résilié ni modifié par un règlement subséquent (*ibid.*). L’article 702A de la *Municipal Act* de l’époque prévoyait donc le zonage par contrat, selon certaines conceptions de la politique à adopter relativement aux administrations municipales.

Cependant, l’assemblée législative de la Colombie-Britannique a décidé d’abroger ce système: *Municipal Amendment Act, 1977*, S.B.C. 1977, ch. 57, par. 13(1) (promulgué le 15 novembre 1978 par le B.C. Reg. 259/78). Elle l’a rem-

45

46

47

ited development permit scheme described earlier in these reasons: s. 13(2). This system, in force at the time relevant to the case, also allowed municipalities to request certain specific works on roads prior to a subdivision or building permit (*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 989(4)), but it did not allow general bargaining for amenities. The deliberate legislative choice to repeal the land use contracts system underlines the fact that the British Columbia legislature had abolished contractual zoning and any notion of zoning being restricted by contract prior to the events in the case at bar.

48

After the repeal of the land development systems, s. 982(2) of the *Municipal Act* read:

982. . . .

(2) Subject to subsections (3) and (5), a land use contract that is entered into and registered in a land title office may be amended

- (a) by bylaw . . . , or
- (b) by a development variance permit under section 974 or a development permit under section 976.

Such a provision is purely a grandfathering clause. It protected existing contracts already validly entered into by municipalities. It did not purport to grant an authority to make such agreements with developers in the future when the very purpose and effect of the repeal was to deny them such powers.

49

Since 1993, British Columbia has permitted municipalities to request amenities in exchange for zoning. With the *Municipal Affairs, Recreation and Housing Statutes Amendment Act, 1993*, S.B.C. 1993, c. 58, s. 4, the zoning power of s. 963 of the *Municipal Act* is replaced so as to include the possibility of the municipal council imposing conditions under which an owner is entitled to a

placé par le système plus limité des permis d'aménagement, décrit plus haut dans les présents motifs: par. 13(2). Ce système, encore en vigueur au moment qui nous intéresse en l'espèce, permettait également aux municipalités de demander que certains travaux particuliers soient effectués sur des routes avant la délivrance d'un permis de lotissement ou de construction (*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, par. 989(4)), mais il interdisait les négociations générales visant des améliorations. Le choix délibéré du législateur d'abroger le système de contrats d'utilisation du sol démontre que l'assemblée législative de la Colombie-Britannique avait aboli le zonage contractuel et écarté toute idée de restriction du zonage par contrat avant les événements survenus en l'espèce.

Après l'abrogation des systèmes d'aménagement du sol, le par. 982(2) de la *Municipal Act* se lisait ainsi:

[TRADUCTION]

982. . . .

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (5), le contrat d'utilisation du sol qui est conclu et qui est enregistré dans un bureau d'enregistrement foncier peut être modifié

- a) au moyen d'un règlement [. . .], ou
- b) au moyen d'un permis de modification d'aménagement délivré en vertu de l'article 974, ou d'un permis d'aménagement délivré en vertu de l'article 976.

Cette disposition est une simple clause de droits acquis. Elle protégeait les contrats existants que des municipalités avaient déjà conclus validement. Elle n'était pas censée donner aux municipalités le pouvoir de conclure à l'avenir de tels contrats avec des promoteurs immobiliers, du fait que l'abrogation avait justement pour objet et pour effet de leur refuser de tels pouvoirs.

Depuis 1993, la Colombie-Britannique autorise les municipalités à demander des améliorations en échange d'un zonage. Avec l'entrée en vigueur de la *Municipal Affairs, Recreation and Housing Statutes Amendment Act, 1993*, S.B.C. 1993, ch. 58, art. 4, le pouvoir de zoner conféré par l'art. 963 de la *Municipal Act* est remplacé de manière à permettre à un conseil municipal d'imposer les condi-

higher-density zoning (see s. 963.1(2) of the amended legislation). The basic position in Canadian law is that municipalities cannot zone in exchange for amenities without some specific statutory authority for such arrangements: *Re Walmar Investments Ltd. and City of North Bay*, [1970] 1 O.R. 109 (C.A.), additional reasons at [1970] 3 O.R. 492 (C.A.). The post-1993 scheme provides such specific statutory authority. As a point of comparison, it thus highlights the fact that the pre-1993 scheme simply did not provide the requisite specific statutory authority.

The legislative scheme that existed at the time PNI undertook its transactions did not include a land use contracts system, it did not include contractual zoning, and it did not authorize the trading of amenities for zoning. Comparing it to prior and subsequent systems makes all the more clear that under the legislation as it existed at the relevant point in time, implied terms such as the one alleged by PNI were without any statutory authorization.

Implied Powers

The history of the legislative scheme may be relevant to the case at bar in another way, as well. This gives further reason against trying to find an implied power to make long-term commitments with respect to zoning equivalent to the powers it might have with respect to certain long-term business arrangements. Indeed, a municipality as a corporation arguably does have an implied power to bind successor councils by a contract in the exercise of ordinary proprietary or business powers: I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at para. 199.4; *Lawrason v. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22. But the form of British Columbia's

municipal government legislation militates against extending this to the present situation.

tions auxquelles un propriétaire aura droit à un zonage de plus haute densité (voir le par. 963.1(2) de la loi modifiée). Le point de vue fondamental en droit canadien est que les municipalités ne peuvent pas zoner en échange d'améliorations sans que la loi leur accorde un certain pouvoir de le faire: *Re Walmar Investments Ltd. and City of North Bay*, [1970] 1 O.R. 109 (C.A.), motifs additionnels à [1970] 3 O.R. 492 (C.A.). Le système mis en place après 1993 confère un tel pouvoir légal explicite. À titre comparatif, il démontre ainsi que le système antérieur à 1993 n'accordait tout simplement pas le pouvoir légal explicite qui était requis.

Le régime législatif qui existait au moment où la PNI a effectué ses transactions ne comportait aucun système de contrats d'utilisation du sol ni aucun zonage contractuel, et il n'autorisait pas l'échange d'améliorations contre un zonage. Si on la compare avec les systèmes qui l'ont précédé et ceux qui l'ont suivi, il est d'autant plus clair que, sous le régime de la loi qui était en vigueur à l'époque pertinente, les clauses implicites comme celle dont la PNI allègue l'existence restaient illégales.

Pouvoirs implicites

L'historique du régime législatif peut aussi être pertinent d'une autre manière quant à la présente affaire, en ce sens qu'il fournit un motif additionnel de ne pas tenter de conclure à l'existence d'un pouvoir implicite de prendre des engagements à long terme en matière de zonage, qui équivaudrait aux pouvoirs dont la Ville pourrait être investie à l'égard de certaines ententes commerciales à long terme. En fait, on peut soutenir qu'une municipalité, en tant que personne morale, possède un pouvoir implicite de lier des conseils subséquents par un contrat signé dans l'exercice de pouvoirs normaux en matière de droits de propriété ou d'activités commerciales: I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, au par. 199.4; *Lawrason c. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22. Cependant, la forme de législation relative aux administrations municipales en Colombie-Britannique milite contre l'application de cet argument à la présente situation.

52

Prior to 1998, the types and modalities of long-term commitments into which municipalities might enter were enumerated quite precisely. Indeed, the *Municipal Act* then in force implemented time limits on contracts for the supply of materials, equipment, and services. The statute went so far as to require approval by municipal voters of contracts with a duration of over five years (*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, ss. 290 and 321). In 1993, s. 23 of the *Local Elections Reform Act, 1993*, S.B.C. 1993, c. 54, altered the form, but not the substance of s. 321 of the *Municipal Act*. The statute also tightly regulated matters like short-term borrowing (s. 344(1)) and the leasing of property (s. 322). Although municipalities could enter into long-term commitments related to their business and proprietary powers, these commitments were subject to the statute's close controls.

53

A municipal government statute could simply allow municipalities to engage in contracts of whatever form served their proprietary and business purposes. It would seem that British Columbia's legislature later chose to implement such statutory terms. In 1998, the Province passed the *Local Government Statutes Amendment Act, 1998*, S.B.C. 1998, c. 34, whose preamble explained the new statute's philosophy as oriented toward "recogniz[ing] local government as an independent, responsible and accountable order of government . . . ". The amendments in this statute removed all of the specific controls on municipalities' long-term commitments and instead provided for a more general corporate power (see s. 176 of the new *Municipal Act*, R.S.B.C. 1996, c. 323). Such a legislative scheme is clearly possible, since one now seems to exist, but this merely accentuates the point that prior to 1998, at the time relevant to the case at bar, British Columbia did not have such a régime. It had set up a system of tight controls on long-term business and proprietary commitments. This scheme did not even refer to long-term commitments affecting the legislative power, as these powers were not envisioned.

Avant 1998, les types d'engagements à long terme que les municipalités pouvaient prendre, et leurs modalités, étaient énumérés de façon assez précise. En effet, la *Municipal Act* qui était alors en vigueur prescrivait des délais pour les contrats de fourniture de matériaux, d'équipement et de services. La Loi exigeait même que les contrats d'une durée de plus de cinq ans soient approuvés par les électeurs municipaux (*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 290 et 321). En 1993, l'art. 23 de la *Local Elections Reform Act, 1993*, S.B.C. 1993, ch. 54, a modifié la forme mais non le fond de l'art. 321 de la *Municipal Act*. La Loi réglementait aussi strictement des matières comme le prêt à court terme (par. 344(1)) et la location de biens (art. 322). Même si les municipalités pouvaient prendre des engagements à long terme liés à leurs pouvoirs en matière de droits de propriété et d'activités commerciales, ces engagements étaient assujettis au contrôle strict de la Loi.

Une loi sur les administrations municipales pouvait simplement permettre aux municipalités de conclure tout contrat qui servirait leurs fins en matière de droits de propriété et d'activités commerciales. Il semblerait que l'assemblée législative de la Colombie-Britannique a, par la suite, choisi d'appliquer de telles conditions législatives. En 1998, la province a adopté la *Local Government Statutes Amendment Act, 1998*, S.B.C. 1998, ch. 34, dont le préambule expliquait que la philosophie de la nouvelle loi était axée sur la [TRADUCTION] «reconnaissa[nce] de l'administration locale comme étant un ordre de gouvernement indépendant, responsable et comptable». Les modifications que comportait cette loi éliminaient toutes les restrictions explicites relatives aux engagements à long terme des municipalités. Elles leur conféraient plutôt une compétence plus générale en tant que personnes morales (voir l'art. 176 de la nouvelle *Municipal Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 323). Un tel régime législatif est clairement possible puisqu'il semble en exister un actuellement, mais cela ne contribue qu'à accentuer le fait qu'avant 1998, au moment qui nous intéresse, un tel régime n'existe pas en Colombie-Britannique. La province assujettissait à un système de contrôles stricts les engagements à long terme en matière de

Moreover, there is another important answer to the argument that municipalities have an implied power to enter into terms such as the one alleged. It is that an implied power to allow contracts to trump the municipality's future legislative discretion over zoning raises additional policy concerns. We will see these clearly after a survey of some of the relevant case law in the area.

5. Pertinent Case Law

As the authorities make clear, a limitation on a municipality's legislative power is a very serious matter. As Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, *supra*, puts it at para. 199.4, “[u]nless expressly authorized to do so local authorities have no power to enter into an agreement the effect of which will be to restrict or divest the legislative powers of succeeding councils in respect of any matter affecting the public at large.” Rogers goes on to note that this does not mean that a council acting in its proprietary or business capacity cannot make contracts. But it does mean that a council cannot somehow give up its legislative powers: cf. *Birkdale District Electric Supply Co. v. Corporation of Southport*, [1926] A.C. 355 (H.L.), at pp. 364 and 371-72.

Eloquent echoes of this principle have rung out through Canadian case law:

Our municipal councils are just as truly legislative bodies within the ambit of their jurisdiction as Parliament or the Legislature; and any contract which would interfere with the due exercise of the discretion and

droits de propriété et d'activités commerciales. Ce système ne mentionnait même pas les engagements à long terme au sujet de l'exercice du pouvoir de réglementation, étant donné que ces pouvoirs n'étaient pas prévus.

De plus, il existe une autre réponse de poids à l'argument que les municipalités possèdent le pouvoir implicite de consentir à des clauses comme celle dont l'existence est alléguée. Cette réponse est que le pouvoir implicite de permettre que des contrats entravent l'exercice futur du pouvoir discrétionnaire de la municipalité de réglementer le zonage suscite d'autres préoccupations d'ordre public. Nous le constaterons clairement lorsque nous aurons examiné une partie de la jurisprudence pertinente en la matière.

5. La jurisprudence pertinente

Comme le démontrent clairement la jurisprudence et la doctrine, une restriction du pouvoir de réglementation d'une municipalité représente une question sérieuse. Comme Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, *op. cit.*, l'affirme au par. 199.4, [TRADUCTION] «[à] moins d'être expressément autorisées à le faire, les autorités locales n'ont pas le pouvoir de conclure un contrat ayant pour effet de restreindre ou de retirer les pouvoirs de réglementation des conseils subséquents en ce qui concerne toute matière touchant le public en général.» Rogers ajoute que cela ne signifie pas qu'un conseil qui agit dans l'exercice de ses fonctions en matière de droits de propriété ou d'activités commerciales ne peut pas conclure des contrats. Cependant, cela signifie qu'un conseil ne peut pas en quelque sorte renoncer à ses pouvoirs de réglementation: cf. *Birkdale District Electric Supply Co. c. Corporation of Southport*, [1926] A.C. 355 (H.L.), aux pp. 364, 371 et 372.

On trouve dans la jurisprudence canadienne des passages qui reflètent de façon éloquente ce principe:

[TRADUCTION] Nos conseils municipaux sont de véritables organismes législatifs dans les limites de leur compétence, au même titre que le Parlement ou l'assemblée législative, et tout contrat qui entraverait l'exercice

judgment of a member of such a council must equally be void as against public policy.

(*Town of Eastview v. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa* (1918), 44 O.L.R. 284 (S.C., App. Div.), at pp. 297-98)

[M]unicipalities must be free to amend or alter their by-laws as circumstances dictate. They cannot bind themselves or their successors by contract with a third party to the *status quo*.

(*Capital Regional District v. District of Saanich* (1980), 115 D.L.R. (3d) 596 (B.C.S.C.), at p. 605)

[A] municipality cannot bargain away its legislative powers in advance.

(*Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge* (1982), 135 D.L.R. (3d) 58 (Ont. Div. Ct.), at p. 63, aff'd (1983), 146 D.L.R. (3d) 768 (Ont. C.A.))

Municipal legislative powers are an integral part of governance that municipalities cannot give up. Municipal councils cannot fetter the discretion of successor councils to engage in the legislative process without undue influences.

régulier du pouvoir discrétionnaire et du jugement d'un membre d'un tel conseil doit également être frappé de nullité comme étant contraire à l'ordre public.

(*Town of Eastview c. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa* (1918), 44 O.L.R. 284 (C.S., Div. app.), aux pp. 297 et 298)

[TRADUCTION] [L]es municipalités doivent être libres de modifier leurs règlements lorsque cela se révèle nécessaire. Elles ne peuvent pas conclure avec une tierce partie un contrat dans lequel elles s'engagent et engagent leurs conseils subséquents à maintenir le *status quo*.

(*Capital Regional District c. District of Saanich* (1980), 115 D.L.R. (3d) 596 (C.S.C.-B.), à la p. 605)

[TRADUCTION] [U]ne municipalité ne saurait renoncer d'avance à l'exercice de ses pouvoirs de réglementation.

(*Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge* (1982), 135 D.L.R. (3d) 58 (C. div. Ont.), à la p. 63, conf. par (1983), 146 D.L.R. (3d) 768 (C.A. Ont.))

Les pouvoirs de réglementation municipaux font partie intégrante d'un mode de régie auquel les municipalités ne peuvent pas renoncer. Les conseils municipaux ne sauraient entraver le pouvoir discrétionnaire des conseils subséquents de s'engager dans le processus de réglementation sans subir des influences indues.

Cela implique que, en l'absence d'une mesure législative provinciale mettant en œuvre une politique officielle différente, les municipalités n'ont pas le droit de vendre un type de zonage: D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (3rd ed. 1999), at p. 181; *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District, supra; Ingledew's Ltd. v. City of Vancouver, supra*. They cannot agree to change zoning in return for particular consideration, and they cannot agree to keep zoning unchanged in return for particular consideration.

À ce propos, on notera que le jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique *Kendrick c. Nelson (City)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134, n'étaye pas l'affirmation que l'art. 19 de la *Municipal Act* habilité une municipalité à conclure avec un promoteur immobilier des contrats à long

An implication of this is that in the absence of provincial legislation implementing a different public policy, municipalities cannot sell zoning: D. P. Jones and A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (3rd ed. 1999), at p. 181; *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District, supra; Ingledew's Ltd. v. City of Vancouver, supra*. They cannot agree to change zoning in return for particular consideration, and they cannot agree to keep zoning unchanged in return for particular consideration.

In this respect, it should be noted that the judgment of the British Columbia Supreme Court in *Kendrick v. Nelson (City)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134, does not stand as an authority to support the assertion that s. 19 of the *Municipal Act* provides the statutory basis for a municipality to enter into

long-term agreements with a developer about the exercise of its zoning powers. In that case, the petitioners had claimed that an agreement made with the developer violated s. 292 of the Act in respect of the nominal transfer of land and contracts for construction and city services. No claim had been made in respect of the zoning commitments and thus the Supreme Court did not have to address that issue. The *ratio* of the judgment was that the agreement did not commit the city to assist the developer within the meaning of s. 292. Moreover, the agreement in dispute was completed in 1995. Since 1993, the province of British Columbia has permitted municipalities to request amenities in exchange for zoning. Thus, even if the matter had been in dispute, the City of Nelson would not have had to rely on s. 19 to enter into a contract concerning the exchange of zoning for amenities.

6. Illegality and Public Policy

The Rules Against Fettering

PNI, of course, tries to distinguish its claim from a simple claim that the City has contracted to provide particular zoning. PNI tries to argue that the implied term is that the City will either keep in place particular zoning or else pay compensation or damages. Some cases do seem to have distinguished indirect fettering (such as in an agreement to compensate) from direct fettering: see *Attorney-General for New Brunswick v. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693 (N.B.S.C., App. Div.), at p. 707; *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District*, *supra*, at p. 715; and *Re Galt-Canadian* (Ont. Div. Ct.), *supra*, at p. 64. But such a distinction cannot be accepted, as it is likely without any legal basis and, moreover, unhelpful in rationalizing the case law.

First, the distinction is likely without any legal basis because it is unclear whether it even reflects a principle from the cases cited to support it. Dif-

terme concernant l'exercice de ses pouvoirs en matière de zonage. Dans cette affaire, les requérants avaient fait valoir qu'un contrat conclu avec le promoteur immobilier contrevenait à l'art. 292 de la Loi à l'égard de la cession de biens-fonds en échange d'une contrepartie symbolique et les contrats de construction et de services municipaux. Aucun argument n'avait porté sur les engagements en matière de zonage et la Cour suprême n'était donc pas tenue d'examiner cette question. Le raisonnement qui sous-tendait le jugement était que le contrat n'obligeait pas la ville à aider le promoteur immobilier au sens de l'art. 292. De plus, le contrat en litige avait été exécuté en 1995. Depuis 1993, la province de la Colombie-Britannique permet aux municipalités de solliciter des améliorations en échange d'un zonage. Donc, même si la question avait été litigieuse, la ville de Nelson n'aurait pas été tenue de se fonder sur l'art. 19 pour conclure un contrat concernant l'échange d'un zonage contre des améliorations.

6. Illégalité et ordre public

Les règles interdisant l'entrave

La PNI tente bien sûr d'établir une distinction entre sa prétention et un simple argument que la Ville s'est engagée par contrat à adopter un certain zonage. La PNI essaie de faire valoir que la clause implicite veut que la Ville maintienne un certain zonage, à défaut de quoi elle devra verser une indemnité ou des dommages-intérêts. Certaines décisions semblent avoir établi une distinction entre l'entrave indirecte (telle qu'une entente d'indemnisation) et l'entrave directe: voir *Attorney-General for New Brunswick c. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693 (C.S.N.-B., Div. app.), à la p. 707; *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, précité, à la p. 715, et *Re Galt-Canadian* (C. div. Ont.), précité, à la p. 64. Cependant, une telle distinction ne saurait être acceptée parce qu'elle est probablement dépourvue de fondement juridique et qu'elle n'aide pas à rationaliser la jurisprudence.

En premier lieu, cette distinction est probablement dépourvue de fondement juridique parce qu'il n'est pas certain qu'elle reflète même un

ferent portions of the latter two cases contain language leading to quite the opposite conclusion: *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District, supra*, at p. 713; *Re Galt-Canadian* (Ont. Div. Ct.), *supra*, at p. 63. In the case of *Saint John, supra*, where the *ratio decidendi* is not completely clear, the court did allow a city to commit to a six-year contract for a particular company to provide busing services and to receive compensation if the city cancelled this contract early. But the court made its decision only after it provided a reading of the contract whereby it would not be illegal, and whereby the contract did not commit the municipality to any particular by-laws: pp. 705-6. The contract at issue there could be characterized as a business agreement. In addition, it was a relevant consideration that the city was a common-law corporation, rather than a statutory municipal corporation, and thus not subject to the same doctrines of *ultra vires* as relevant in a case like the case at bar: p. 708. Moreover, although nothing further seems to have ever come of this, special leave to appeal the result of the case to the Supreme Court of Canada was granted: *Attorney-General for New Brunswick v. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 851. Thus, with two of the cases cited for it also supporting the opposite conclusion and the last not clearly supporting the distinction at all, the supposed distinction has a dubious legal foundation.

principe tiré de la jurisprudence citée à son appui. La formulation de différentes parties des deux dernières décisions amène à conclure tout à fait le contraire: *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, précité, à la p. 713; *Re Galt-Canadian* (C. div. Ont.), précité, à la p. 63. Dans l'affaire *Saint John*, précité, où la *ratio decidendi* n'est pas tout à fait claire, la cour a permis à une ville de conclure avec une société un contrat de six ans pour la prestation de services de transport par autobus, aux termes duquel cette société aurait droit à une indemnité en cas de résiliation prématurée du contrat par la ville. Cependant, la cour n'a pris sa décision qu'après avoir donné au contrat une interprétation selon laquelle il n'était pas illégal et n'obligeait pas la municipalité à adopter des règlements particuliers: pp. 705 et 706. Le contrat en cause dans cette affaire pouvait être qualifié de commercial. En outre, il était pertinent que la ville soit une corporation de common law plutôt qu'une corporation municipale créée par la loi, et qu'elle ne soit donc pas assujettie aux mêmes règles de l'*ultra vires* qui peuvent s'appliquer dans un cas comme la présente affaire: p. 708. De plus, malgré l'absence apparente d'autres développements dans ce dossier, l'autorisation spéciale d'en appeler du résultat de cette affaire devant la Cour suprême du Canada a été accordée: *Attorney-General for New Brunswick c. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 851. Par conséquent, le fondement juridique de la supposée distinction est douteux vu que deux des décisions citées à son appui étaient également la conclusion contraire et que la dernière décision n'appuie clairement pas l'établissement d'une telle distinction.

⁶¹

The judgment of our Court in *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, has also been cited in support of the claim of an implied municipal power to contract regarding long-term development and involving the exercise of zoning powers. The *Wells* case did not deal with a contract governing the exercise of municipal legislative powers. The agreement in dispute remained a business contract in relation to the hiring of senior civil servants.

L'arrêt de notre Cour *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, a également été cité à l'appui de l'argument selon lequel il existe un pouvoir municipal implicite de conclure des contrats d'aménagement à long terme qui comportent l'exercice de pouvoirs en matière de zonage. Il n'était pas question, dans l'affaire *Wells*, d'un contrat régissant l'exercice de pouvoirs de réglementation municipaux. Le contrat contesté demeurait un contrat d'affaire portant sur l'engagement de hauts fonctionnaires.

Second, the supposed distinction between direct and indirect fettering is also unhelpful because it is inconsistent with other case law and, more importantly, with the principles that undergird this area of the law. Other cases (and, as cited above, even different portions of the same cases) have used language that would make even an indirect fettering illegal: see e.g. *Walker v. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143 (S.C.), at pp. 147-48; and *Town of Eastview, supra*, at pp. 297-98. This broader language springs from the rationales for a prohibition on fettered discretion, which include protecting the municipal legislative process from undue influence and from embarrassment. Direct or indirect fettering would have the same effect on the exercise of municipal powers.

62

En deuxième lieu, la supposée distinction entre l'entrave directe et l'entrave indirecte est également inutile en raison de son incompatibilité avec d'autres précédents et, qui plus est, avec les principes qui sous-tendent ce domaine du droit. D'autres décisions (et, comme nous l'avons vu, même différentes parties de ces mêmes décisions) ont eu recours à une formulation qui rendrait même illégale une entrave indirecte: voir, par exemple, *Walker c. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143 (C.S.), aux pp. 147 et 148, et *Town of Eastview*, précité, aux pp. 297 et 298. Cette formulation plus générale s'inspire des motifs d'interdiction des entraves à un pouvoir discrétionnaire, qui comprennent la protection du processus de réglementation municipal contre toute influence indue et contre toute charge. L'entrave directe ou indirecte aurait le même effet à l'égard de l'exercice des pouvoirs municipaux.

The authorities generally support the view that this broader language is appropriate and that it should apply over the direct/indirect distinction that some have tried to draw. In *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District, supra* (a case cited as supporting the use of the distinction at p. 715), the British Columbia Court of Appeal discussed how some councillors who might consider a by-law unwise might nonetheless vote for it so as not “to expose the City to a claim for damages by defeating it” (p. 713), thereby recognizing at least from a factual standpoint the problems inherent in allowing fettering through a requirement to compensate. In *Re Galt-Canadian, supra*, the Ontario Court of Appeal analyzed a situation where a municipal council might incur a contractual liability if it failed to take a certain course of legislative action. The Court of Appeal concluded at p. 768 that this was an unacceptable situation. In the eloquent words of the lower court in that same case, “[l]egislative powers are entrusted to municipalities for the public good, and they must always be in a position to exercise them as the public good requires” (*Re Galt-Canadian* (Ont. Div. Ct.), *supra*, at p. 63). Given this principle, an agreement to compensate for a legislative decision like the one in the present case is no more

63

La jurisprudence étaye généralement le point de vue selon lequel cette formulation plus générale est appropriée et devrait s'appliquer à la distinction entre l'entrave directe et l'entrave indirecte que certains ont tenté d'établir. Dans l'arrêt *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, précité (cité à l'appui du recours à la distinction, à la p. 715), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné comment certains conseillers susceptibles de juger un règlement peu judicieux pourraient néanmoins voter en faveur de son adoption, afin de ne pas [TRADUCTION] «exposer la Ville à un recours en dommages-intérêts en le rejetant» (p. 713), et a ainsi reconnu, du moins d'un point de vue factuel, les problèmes que pose l'autorisation de l'entrave au moyen d'une exigence d'indemnisation. Dans l'arrêt *Re Galt-Canadian*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a analysé une situation dans laquelle un conseil municipal pourrait engager sa responsabilité contractuelle s'il omettait d'adopter une certaine ligne de conduite en matière de réglementation. La Cour d'appel a statué, à la p. 768, que cette situation était inacceptable. Pour reprendre les propos éloquents du tribunal d'instance inférieure dans cette affaire, [TRADUCTION] «[l]es municipalités sont investies de pouvoirs de réglementation dans l'intérêt public, et

acceptable than an outright restriction on the legislative power.

64

All of PNI's attempts to transform its case into a claim for compensation cannot hide the fact that it is demanding compensation precisely because the City exercised its legislative powers in a particular way. A municipality's choice to use its legislative powers to rezone land so that the municipality's zoning continues to reflect its best wisdom is a legitimate choice and a choice that is very much part of its legislative power: see *Wall and Redekop Corp. v. City of Vancouver* (1974), 16 N.R. 436 (B.C.C.A.), aff'd (1976), 16 N.R. 435 (S.C.C.). Indeed, it must be remembered that the new zoning by-law was never attacked as illegal. A duty to compensate for a particular legislative choice along these lines would necessarily make that legislative choice subject to considerations other than an objective examination of what is best for the community of which the developer is undoubtedly also a part.

65

Contracts related to a municipality's business and proprietary functions might well affect the resources available to it and thereby hinder its legislative discretion (or bring hindrances of another kind, as in *Dowty Boulton Paul Ltd. v. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277 (Ch. D.)). But they simply do not inject the same kind of outside consideration into the legislative process. The distinction between direct and indirect fettering, as PNI conceives it, is simply not a useful distinction. The distinction between legislative powers, adjudicative powers, and business or proprietary powers, accepted elsewhere in our Court's jurisprudence (e.g., *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, at p. 273; *Nanaimo, supra*, at paras. 28 and 31), is the sole distinction that should apply (*William Cory &*

elles doivent toujours être en mesure de les exercer lorsqu'il est dans l'intérêt public qu'elles le fassent» (*Re Galt-Canadian* (C. div. Ont.), précité, à la p. 63). Compte tenu de ce principe, une entente d'indemnisation pour une décision en matière de réglementation comme celle dont il est question en l'espèce n'est pas plus acceptable qu'une restriction catégorique du pouvoir de réglementation.

Malgré toutes les tentatives de la PNI de transformer son dossier en demande d'indemnité, il n'en demeure pas moins qu'elle exige une indemnité précisément parce que la Ville a exercé ses pouvoirs de réglementation d'une certaine manière. La décision d'une municipalité d'exercer ses pouvoirs de réglementation pour modifier le zonage d'un bien-fonds en vue d'assurer que le zonage de son territoire continue de refléter le choix le plus judicieux qu'elle puisse faire est une décision légitime qui fait vraiment partie de son pouvoir de réglementation: voir *Wall and Redekop Corp. c. City of Vancouver* (1974), 16 N.R. 436 (C.A.C.-B.), conf. par (1976), 16 N.R. 435 (C.S.C.). En fait, il faut se rappeler que le nouveau règlement de zonage n'a jamais été qualifié d'illégal. L'obligation d'indemniser pour une décision de ce genre en matière de réglementation assujettirait nécessairement cette décision à des considérations autres que l'examen objectif du meilleur intérêt de la collectivité.

Les contrats qu'une municipalité conclut dans l'exercice de ses fonctions en matière de droits de propriété ou d'activités commerciales pourraient bien avoir une incidence sur les ressources dont elle dispose et entraver ainsi l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de réglementation (ou créer d'autres types d'obstacle, comme dans *Dowty Boulton Paul Ltd. c. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277 (Ch. D.)). Cependant, ils ne font tout simplement pas intervenir le même type de considération externe dans le processus de réglementation. La distinction que perçoit la PNI entre l'entrave directe et indirecte n'est tout simplement pas utile. La distinction entre les pouvoirs de réglementation, les pouvoirs décisionnels et les pouvoirs en matière d'activités commerciales ou de droits de propriété, qui est acceptée dans d'autres

Son Ltd. v. London Corp., [1951] 2 K.B. 476 (C.A.), at p. 486). Unless there is legislation expressing a public policy permitting it to do so, a municipality may engage in business and proprietary contracts, but it cannot agree to terms that fetter its legislative power.

As a result, I would conclude that the alleged implied term would have been an illegal fetter on the municipality's discretionary legislative powers. Established case law and its underlying principles support my rejection of PNI's argument, powerfully reinforcing the conclusion that already flowed from the statute itself. The very illegality of such a term and its inconsistency with public policy strengthen the case against reading it into a contract entered into within a clear statutory framework. It should be added in this appeal that counsel for the City never evidenced that there was such an implied term. He rather affirmed that the contracts with PNI were legal if given the legal interpretation ascribed to them by the City of Victoria. I turn in the final part of my reasons to a brief reference to how this result is rational from a public policy perspective.

Public Policy Considerations

I wish to add a brief word as to public policy considerations since a good deal of debate in this case has been related to policy issues. To some, it will seem like a harsh result to say that PNI cannot sue the City for departing from some alleged understanding and withdrawing its consideration after the construction of costly improvements by PNI. Indeed, some would properly argue that there are policy reasons for allowing municipalities to derive the benefits of a fuller capacity to contract that would enable them to engage developers on a long-term basis with more certainty. This capacity

arrêts de notre Cour (par exemple, *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, à la p. 273; *Nanaimo*, précité, aux par. 28 et 31), est la seule qui devrait s'appliquer (*William Cory & Son Ltd. c. London Corp.*, [1951] 2 K.B. 476 (C.A.), à la p. 486). Une municipalité peut conclure des contrats relatifs à des droits de propriété et à des activités commerciales, mais elle ne peut pas souscrire à des conditions qui entravent son pouvoir de réglementation, à moins qu'une mesure législative n'énonce une politique officielle l'autorisant à le faire.

En conséquence, je suis d'avis que la clause implicite dont l'existence est alléguée aurait constitué une entrave illicite aux pouvoirs de réglementation discrétionnaires de la municipalité. La jurisprudence établie et les principes qui la soutiennent étayent mon rejet de l'argument de la PNI et renforcent considérablement la conclusion qui découlait déjà de la Loi elle-même. L'illégalité même d'une telle clause et son incompatibilité avec l'ordre public militent d'autant plus contre la possibilité de la considérer comme étant incluse dans un contrat conclu à l'intérieur d'un cadre législatif clair. Il convient d'ajouter en l'espèce que l'avocat de la Ville n'a jamais admis l'existence d'une telle clause implicite. Il a plutôt confirmé que les contrats conclus avec la PNI étaient légaux si on leur donnait l'interprétation juridique que leur prêtait la ville de Victoria. Dans la dernière partie de mes motifs, je vais expliquer brièvement en quoi ce résultat est rationnel du point de vue de l'ordre public.

Considérations d'ordre public

Je tiens à ajouter quelques mots au sujet des considérations d'ordre public étant donné que la discussion en l'espèce a largement porté sur des questions d'ordre public. Pour certains, il peut paraître sévère d'affirmer que la PNI ne peut pas poursuivre la Ville pour le motif qu'elle a dérogé à une prétendue entente et retiré sa contrepartie après que la PNI eut effectué des améliorations coûteuses. En fait, certains feraient valoir à juste titre qu'il existe des motifs d'ordre public de permettre aux municipalités de bénéficier d'une capacité plus complète de contracter qui les habiliterait

66

67

would presumably help reduce the risk premiums that developers might otherwise require. But these considerations are not conclusive and should in no way alter the result.

68

First, the result is not as harsh as it might initially seem because those in the business know that dealing with a municipal government is different from dealing with a purely private corporation. For example, no indoor management rule protects someone dealing with a municipality from having to ensure that proper procedures were followed with respect to the contract, which is quite different from the situation with a private corporation: Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, *supra*, at para. 199.1. The record shows that as an experienced developer, PNI was aware of the special legal and political risks attendant on dealing with a municipality. Developers choose to undertake those risks.

69

Moreover, municipalities will be bound by their business contracts. They will not be free to break them on a whim. They will have to pay compensation to the other party barring an express statutory provision denying any form of compensation or damages. On the other hand, contracts concerning the exercise of legislative powers involve other legal rules and policy considerations, as appears from the discussion above of the rules against direct and indirect fettering of municipal authority.

70

Second, municipalities do not become free to break non-contractual understandings based on mere whim. First, there remain legal protections against a municipality that acts in bad faith. In addition, as R. W. Macaulay and R. G. Doumani put it in *Ontario Land Development: Legislation and Practice* (loose-leaf), vol. 1, at p. 4-119, para. 18.8, a major component of development and redevelopment projects is “a great deal of faith and trust between the public and the private sectors of

à se lier envers des promoteurs immobiliers à long terme et avec plus de certitude. Cette capacité contribuerait probablement à réduire les primes de risque que les promoteurs immobiliers pourraient par ailleurs exiger. Cependant, ces considérations ne sont pas concluantes et ne devraient en aucun cas modifier le résultat.

Premièrement, le résultat n'est pas aussi draconien qu'il pourrait le sembler au départ car les gens du milieu savent qu'on ne traite pas avec une administration municipale comme on le ferait avec une simple société privée. Par exemple, aucune règle de gestion interne ne soustrait une personne qui traite avec une municipalité à l'obligation d'assurer que le contrat a été conclu selon la procédure régulière, ce qui est tout à fait différent dans le cas d'une société privée: Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, *op. cit.*, au par. 199.1. Le dossier montre qu'à titre de promoteur immobilier expérimenté la PNI était consciente des risques particuliers que le fait de traiter avec une municipalité comportait sur les plans juridique et politique. Les promoteurs immobiliers choisissent de prendre ces risques.

De plus, les municipalités sont liées par leurs contrats commerciaux. Elles ne sont pas libres de les rompre à leur gré. Elles devront verser une indemnité à l'autre partie sauf s'il existe une disposition législative interdisant explicitement toute forme d'indemnité ou de dommages-intérêts. Par contre, comme l'indique l'analyse faite plus haut des règles qui interdisent l'entrave directe et l'entrave indirecte au pouvoir des municipalités, les contrats qui concernent l'exercice de pouvoirs de réglementation font intervenir d'autres règles juridiques et considérations d'ordre public.

Deuxièmement, il n'est pas loisible aux municipalités de rompre des ententes non contractuelles par simple caprice. D'abord, la loi protège contre une municipalité qui agit de mauvaise foi. En outre, comme R. W. Macauley et R. G. Doumani l'expliquent dans *Ontario Land Development: Legislation and Practice* (feuilles mobiles), vol. 1, à la p. 4-119, par. 18.8, [TRADUCTION] «une dose considérable de confiance entre le secteur public et le secteur privé d'une région» constitue un élément

the region” (emphasis added). Municipalities that deal with developers in a manner that does not reflect principles of faith and trust when they are not contractually bound may well face non-contractual consequences such as developers being less willing to deal with the municipality without significantly higher risk premiums.

Third, a very important policy consideration militates against municipalities being bound in ways that constrain their legislative powers. This is the policy consideration that runs through the jurisprudence in this area. Municipal governments are governments exercising powers delegated by the provincial legislatures, and they must be able to govern based on the best interests of their residents and based on conceptions of the public good. To help protect this important value, our Court has adopted such principles as the one that ambiguities in municipal government statutes are to be interpreted so as to favour the citizens and their ability to undertake a path of shared self-governance (*Shell, supra*, at p. 277). Although there can be arguments for each kind of public policy as to whether municipalities should be able to bind themselves on zoning matters, there is certainly nothing irrational about preventing municipalities from restraining themselves in striving for the public good in the future. There is no doubt in my mind that British Columbia’s legislators, carefully balancing many competing interests and considerations, had chosen this latter public policy at the pertinent time.

As outlined earlier in these reasons, there was no statutory basis at the time on which a municipality could contract with respect to zoning. The structure and scheme of the pertinent legislation revealed that the legislature did not intend for a municipality to compensate landowners for the financial impact of changes in zoning. At other

important des projets d’aménagement et de réaménagement (je souligne). Les municipalités qui traitent avec des promoteurs immobiliers, sans maintenir des rapports de bonne foi et de confiance mutuelle lorsqu’elles ne sont pas liées par un contrat, peuvent bien s’exposer à des conséquences non contractuelles en ce sens, notamment, que les promoteurs immobiliers ne seront disposés à traiter avec elles qu’au prix d’une hausse majeure des primes de risque.

Troisièmement, une considération d’ordre public très importante milite contre la possibilité de lier les municipalités d’une manière qui restreigne leurs pouvoirs de réglementation. Cette considération d’ordre public se retrouve dans toute la jurisprudence en la matière. Les administrations municipales sont des gouvernements qui exercent les pouvoirs qui leur sont conférés par le législateur provincial et elles doivent être en mesure d’administrer dans le meilleur intérêt de leurs résidants et en fonction de certaines conceptions de l’intérêt public. Afin d’aider à protéger cette valeur importante, notre Cour a adopté des règles comme celle qui veut que les ambiguïtés des lois relatives aux administrations municipales soient interprétées de manière à favoriser les citoyens et leur capacité de s’engager sur la voie de la démocratie partagée (*Shell, précité*, à la p. 277). Même si, pour chaque type de politique officielle, on peut avancer des arguments sur la question de savoir si les municipalités devraient pouvoir prendre des engagements en matière de zonage, la politique qui les empêche de se créer des obstacles futurs à leur recherche de l’intérêt public n’a rien d’irrationnel. Il ne fait aucun doute, dans mon esprit, que le législateur de la Colombie-Britannique avait choisi d’adopter cette politique officielle à l’époque pertinente, après avoir soigneusement soupesé de nombreux intérêts et considérations opposés.

Comme je l’ai souligné précédemment dans les présents motifs, il n’existait alors aucun fondement légal autorisant la municipalité à contracter en matière de zonage. Il ressort de la structure et de l’économie de la mesure législative pertinente que le législateur ne voulait pas qu’une municipalité indemnise les propriétaires fonciers de l’incidence

points in history, British Columbia had permitted contracts related to zoning, but it had explicitly repealed this legislation prior to the relevant time and did not introduce anything similar until some time after.

73 Therefore, in my view, the legislature made its intentions very clear and deliberately and firmly established a public policy to which an implied term as argued would run totally counter. That there are arguments for other policy approaches does not mean that judges should begin rewriting legislation. Leaving aside our important role as guardians of the Constitution, our calling is generally the interpretation and implementation of the wishes of the democratically elected legislature where it has made its intentions clear, and it is the rational advancement of our traditional systems of common and civil law where the legislature has not otherwise spoken.

financière d'une modification de zonage. À d'autres époques, la Colombie-Britannique avait autorisé les contrats concernant le zonage, mais elle avait explicitement abrogé cette mesure législative avant la période qui nous intéresse et n'a adopté une mesure similaire que plus tard.

En conséquence, je suis d'avis que le législateur a exprimé très clairement ses intentions et qu'il a délibérément et fermement établi une politique officielle totalement incompatible avec une clause implicite comme celle dont l'existence est alléguée. Ce n'est pas parce que l'on soutient que la politique officielle devrait être différente que les juges devraient commencer à récrire la loi. Outre notre rôle important de gardiens de la Constitution, notre métier consiste en règle générale à interpréter et à mettre en œuvre la volonté clairement exprimée de l'assemblée législative élue démocratiquement, et à promouvoir de manière rationnelle nos régimes traditionnels de common law et de droit civil lorsque le législateur n'a pas indiqué le contraire.

74 Under established law, the appeal must be dismissed. The wording of the legislation, its history, consistent case law, and established public policy all support the conclusion that the municipality had no capacity to agree to an implied term such as PNI has argued. Whether such an implied term might or might not have made sense for business efficiency reasons, any such term was *ultra vires* and contrary to legislatively established public policy.

Selon le droit établi, le pourvoi doit être rejeté. Le libellé de la mesure législative, son historique, la jurisprudence constante et l'ordre public établi étaient tous la conclusion que la municipalité n'avait pas la capacité de consentir à une clause implicite comme celle dont la PNI allègue l'existence. Peu importe que cette clause implicite ait pu être justifiée ou non pour des raisons d'efficacité commerciale, elle était *ultra vires* et contraire à l'ordre public établi par le législateur.

VII. Conclusion

75 In the end, I would dismiss both the appeal and the cross-appeal with costs. In the result, the conclusion of the Court of Appeal is affirmed, and the matter is remitted to trial on any unjust enrichment argument that may exist.

VII. Conclusion

En définitive, je suis d'avis de rejeter avec dépens tant le pourvoi principal que le pourvoi incident. Par conséquent, la conclusion de la Cour d'appel est confirmée et l'affaire est renvoyée en première instance pour être examinée relativement à tout argument éventuel d'enrichissement sans cause.

The reasons of Major, Bastarache and Binnie JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Major, Bastarache et Binnie rendus par

BASTARACHE J. (dissenting on the appeal) — It is well accepted that where a municipality enters a contract with a legitimate purpose, that contract must be honoured. The basis of this principle is the simple maxim relied on by Pacific National Investments Ltd. (“PNI”) in this appeal: a deal is a deal. I am not persuaded that the City of Victoria (“City”) should be able to terminate with impunity a contract that it uniquely crafted, thoughtfully entered, received the full benefit of, and concedes is lawful. PNI spent over \$2.5 million on infrastructure upgrades, which included building a new seawall, new roads and creating new parks for the City in anticipation of the commercial development that would result from the land transfer and zoning provided for in the contract. The public interest would not be served by allowing the City to escape its commitments. Nor do I consider that awarding compensation for breach of contract will amount to a fettering of the municipal power over zoning that adversely affects the public’s interest in local government.

In an effort to escape liability, the City has argued that the contract is *ultra vires*, taking a position that runs counter to the modern trend that municipal powers should be interpreted broadly and benevolently to enhance the public interest. Further, this deal, which was specifically designed for the City’s needs and refined over a three-year period, is not, as contended by the City, void for public policy. Current B.C. legislation allowing municipal corporations to bind themselves to long term development contracts evidences the strong policy reasons for granting such power.

I agree with my colleague LeBel J.’s analysis of the cross-appeal, but cannot accept his conclusion on the main appeal that PNI is not entitled to damages for breach of contract. I will therefore address the following issues:

LE JUGE BASTARACHE (dissidents quant au pourvoi principal) — Il est reconnu que, lorsqu’une municipalité conclut un contrat dans un but légitime, ce contrat doit être respecté. Ce principe repose sur la maxime élémentaire que la Pacific National Investments Ltd. («PNI») a invoquée dans le présent pourvoi: chose promise, chose due. Je ne suis pas convaincu que la ville de Victoria («Ville») devrait pouvoir mettre fin impunément à un contrat qu’elle a conçu avec soin, qu’elle a conclu de façon réfléchie, dont elle a pleinement bénéficié et dont elle reconnaît la légalité. La PNI a dépensé plus de 2,5 millions de dollars pour l’amélioration des infrastructures, notamment en construisant une nouvelle digue et de nouvelles routes et en créant de nouveaux parcs pour la Ville en prévision des travaux d’aménagement commercial qui résulteraient de la cession de bien-fonds et du zonage prévus dans le contrat. Il ne serait pas dans l’intérêt public de permettre à la Ville d’échapper à ses engagements. Je n’estime pas non plus que consentir une indemnité pour inexécution de contrat équivaut à une entrave au pouvoir de zonage municipal, qui préjudicie à l’intérêt du public dans l’administration locale.

Afin d’échapper à toute responsabilité, la Ville fait valoir que le contrat est *ultra vires*, ce qui va à l’encontre de la tendance moderne voulant que les pouvoirs municipaux soient interprétés de façon large et généreuse pour favoriser l’intérêt public. De plus, cette entente, qui a été expressément conçue pour répondre aux besoins de la Ville et qui a été peaufinée sur une période de trois ans, n’est pas nulle pour des motifs d’ordre public, comme le prétend la Ville. La loi de la Colombie-Britannique qui permet aux corporations municipales de s’engager par des contrats d’aménagement à long terme témoigne des solides raisons de principe d’accorder un tel pouvoir.

Je souscris à l’analyse du pourvoi incident que fait mon collègue le juge LeBel, mais je ne puis accepter sa conclusion relative au pourvoi principal, selon laquelle la PNI n’a pas droit à des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. Je vais donc examiner les questions suivantes:

1. Was there an implied term in the contract that the City would compensate if it did not maintain the zoning for a reasonable time?
2. Is the implied term *ultra vires*?
3. Is it contrary to public policy to enforce the implied term?

Analysis

Issue #1: Was There an Implied Term in the Contract that the City Would Compensate if It Did Not Maintain the Zoning for a Reasonable Time?

79

PNI argues that the Songhees Master Agreement (“SMA”) contained an implied term that the zoning contemplated in that contract would not be changed for a reasonable time. It does not argue that the contract prohibited the City from ever changing the zoning or that in enacting the by-law which changed the zoning, the council acted in bad faith. PNI’s position is simple: it argues only that in entering a contract that was conditional on rezoning, the City agreed to adopt and maintain the zoning bargained for and that in view of the breach of that term, it is entitled to damages for breach of contract. Thus, I would characterize the implied term sought to be recognized in a different manner than my colleague (para. 32 of his reasons). The implied term does not bind the City from rezoning for any length of time: it simply recognizes that in consideration of PNI’s initial investment, a change in zoning must be offset by compensation.

80

This Court recently reiterated the relevant test for an implied term in *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619. In *M.J.B.*, after the respondent accepted a non-compliant tender, the lowest compliant tenderer successfully argued that there was an implied term in the call for tenders to accept the lowest compliant bid. At para. 29, Iacobucci J. stated:

1. Le contrat comportait-il une clause implicite selon laquelle la Ville verserait une indemnité si elle ne maintenait pas le zonage pendant une période raisonnable?
2. La clause implicite est-elle *ultra vires*?
3. Est-il contraire à l’ordre public d’appliquer la clause implicite?

Analyse

Première question: Le contrat comportait-il une clause implicite selon laquelle la Ville verserait une indemnité si elle ne maintenait pas le zonage pendant une période raisonnable?

La PNI prétend que l’accord-cadre appelé «Songhees Master Agreement» (l’«accord-cadre») comportait la clause implicite selon laquelle le zonage prévu dans ce contrat ne serait pas modifié pendant une période raisonnable. Elle ne prétend pas que le contrat empêchait à tout jamais la Ville de modifier le zonage, ou qu’en adoptant le règlement modifiant le zonage le conseil a agi de mauvaise foi. La position de la PNI est simple: elle ne fait que prétendre qu’en concluant un contrat conditionnel à une modification de zonage, la Ville a accepté d’adopter et de maintenir le zonage négocié et que, en raison du manquement à cette condition, elle a droit à des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. Je suis donc d’avis de qualifier la clause implicite, dont on cherche à faire reconnaître l’existence, d’une manière différente de celle de mon collègue (par. 32 de ses motifs). La clause implicite n’empêche pas la Ville de modifier le zonage pendant un certain temps: elle ne fait que reconnaître qu’en contrepartie de l’investissement initial de la PNI, une modification de zonage doit être compensée par une indemnité.

Récemment, notre cour réitérait le critère applicable à une clause ou condition implicite dans l’arrêt *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619. Dans l’affaire *M.J.B.*, après que l’intimée eut accepté une soumission non conforme, l’auteur de la plus basse soumission conforme a soutenu avec succès que l’appel d’offres comportait la condition impli-

... a contractual term may be implied on the basis of presumed intentions of the parties where necessary to give business efficacy to the contract or where it meets the “officious bystander” test. It is unclear whether these are to be understood as two separate tests but I need not determine that here. What is important in both formulations is a focus on the intentions of the actual parties. A court, when dealing with terms implied in fact, must be careful not to slide into determining the intentions of reasonable parties. This is why the implication of the term must have a certain degree of obviousness to it, and why, if there is evidence of a contrary intention, on the part of either party, an implied term may not be found on this basis. As G. H. L. Fridman states in *The Law of Contract in Canada* (3rd ed. 1994), at p. 476:

In determining the intention of the parties, attention must be paid to the express terms of the contract in order to see whether the suggested implication is necessary and fits in with what has clearly been agreed upon, and the precise nature of what, if anything, should be implied. [Emphasis added; underlining in original deleted.]

To establish the existence of the implied term, PNI must demonstrate that the term was one which the parties would say, if questioned, that they had obviously assumed. It must also show that the term was necessary to give business efficacy to the SMA. In my view, both requirements are satisfied.

The courts below differed on the question of whether there was an implied term not to down-zone. I find persuasive the trial judge's reasoning that it was necessary to imply the term to give the agreement business efficacy:

I think that it is necessarily implied into the master agreement that zoning would remain undisturbed for a

cite que la plus basse soumission conforme serait acceptée. Au par. 29, le juge Iacobucci a dit:

... il est possible d'introduire dans un contrat des conditions implicites fondées sur l'intention présumée des parties lorsque cela est nécessaire pour donner au contrat l'efficacité commerciale ou que cela satisfait au critère de «l'observateur objectif». Il ne ressort pas clairement qu'on doive comprendre ces éléments comme deux critères distincts, mais c'est là une question que je n'ai pas à trancher en l'espèce. Ce qui importe dans l'une et l'autre des formulations, c'est l'accent mis sur l'intention des parties elles-mêmes. Lorsqu'elle est appelée à se pencher effectivement sur des conditions implicites, la Cour doit se garder de chercher à déterminer l'intention de parties raisonnables. C'est pourquoi l'introduction de la condition implicite doit aller de pair avec un certain degré d'évidence et qu'en présence d'une preuve d'intention contraire de la part de l'une ou l'autre des parties, l'on ne peut conclure à l'existence d'une condition implicite sur ce fondement. Comme le note G. H. L. Fridman dans son ouvrage intitulé *The Law of Contract in Canada* (3^e éd. 1994), à la p. 476:

[TRADUCTION] Lorsqu'il s'agit d'établir l'intention des parties, il faut porter attention aux conditions expresses du contrat afin de déterminer si la condition implicite proposée est nécessaire et si elle s'harmonise avec ce qui a clairement été convenu, ainsi qu'à la nature exacte de ce qui devrait, le cas échéant, être ainsi introduit. [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

Pour établir l'existence de la clause implicite, la PNI doit démontrer qu'il s'agit d'une clause dont les parties diraient, si on leur posait la question, qu'elles avaient évidemment tenu son inclusion pour acquise. Elle doit également démontrer que la clause était nécessaire pour conférer l'efficacité commerciale à l'accord-cadre. Je suis d'avis que ces deux conditions sont remplies.

Les tribunaux d'instance inférieure ont divergé d'avis sur la question de savoir s'il existait une clause implicite selon laquelle le zonage ne serait pas modifié. J'estime convaincant le raisonnement du juge de première instance selon lequel il était nécessaire de conclure à l'existence de cette clause implicite pour conférer l'efficacité commerciale au contrat:

[TRADUCTION] Je pense qu'il est nécessairement implicite, dans l'accord-cadre, que le zonage sera main-

reasonable period of time for development. . . . PNI was paying for a development opportunity dependent on zoning and it needed continuation of that zoning for a reasonable time to realize on its investment.

([1996] B.C.J. No. 2523 (QL), at para. 35)

On the other hand, the Court of Appeal stated that the reasons relied on by the trial judge “are all . . . reasons for concluding that it would have been reasonable and logical, from the point of view of PNI, to include such a term” ((1998), 58 B.C.L.R. (3d) 390, at para. 47). With respect, I do not see any error in the trial judge’s conclusion: PNI assumed the term was included, as would the officious bystander, because without it the contract could not be given business efficacy. The Court of Appeal’s position is rather narrow (at para. 45):

[I]t seems a reasonable inference that no one raised the subject of the City agreeing not to down-zone because it was taken for granted that it would give no such commitment. Certainly, the evidence provides no basis for thinking that, had the subject been raised, the City would have said anything to the effect of: “Of course, we will not down-zone; we need not trouble to say that, it is too clear.”

I do not see how the Court of Appeal could find that the zoning was a valid condition precedent and conclude, at the same time, that the municipality could unilaterally cancel it with impunity.

82

The trial judge’s conclusion that the SMA contained the implied term not to rezone for a reasonable time is supported by an analysis of the agreement itself and the relevant external documentary evidence. Hence, with respect to my colleague, it is not “a purely discretionary exercise of judicial power” but one based on the evidence in this case.

83

At the outset, it is important to recognize that the express terms of the purchase agreement

tenu pendant une période raisonnable pour les fins de l’aménagement. [. . .] La PNI payait pour avoir une possibilité d’aménagement qui dépendait du zonage et il était nécessaire que ce zonage soit maintenu pendant une période raisonnable pour que son investissement puisse lui rapporter quelque chose.

([1996] B.C.J. No. 2523 (QL), au par. 35)

Par contre, la Cour d’appel a affirmé que les raisons invoquées par le juge de première instance [TRADUCTION] «sont toutes [. . .] des raisons de conclure qu’il aurait été raisonnable et logique, du point de vue de la PNI, d’inclure une telle clause» ((1998), 58 B.C.L.R. (3d) 390, au par. 47). En toute déférence, je ne vois aucune erreur dans la conclusion du juge de première instance: la PNI a présumé que la clause était incluse, comme l’aurait fait l’observateur objectif, puisque le contrat n’aurait eu aucune efficacité commerciale sans elle. La position de la Cour d’appel est plutôt stricte (au par. 45):

[TRADUCTION] [I]l semble raisonnable de déduire que personne n’a soulevé la question de l’acceptation de la Ville de ne pas modifier le zonage parce qu’on tenait pour acquis qu’elle ne prendrait pas d’engagement de ce genre. La preuve ne permet sûrement pas de croire que, si la question avait été soulevée, la Ville aurait dit quelque chose du genre: «Naturellement, nous ne modifierons pas le zonage; nous n’avons pas la peine de le dire puisque c’est tellement évident.»

Je ne vois pas comment la Cour d’appel a pu juger que le zonage était une condition préalable valide et conclure, en même temps, que la municipalité pouvait l’annuler unilatéralement en toute impunité.

La conclusion du juge de première instance que l’accord-cadre comportait la clause implicite selon laquelle le zonage ne serait pas modifié pendant une période raisonnable est étayée par une analyse du contrat lui-même et par la preuve documentaire externe pertinente. Partant, en toute déférence pour mon collègue, cette conclusion n’est pas «un exercice purement discrétionnaire de pouvoir judiciaire», mais repose sur la preuve produite en l’espèce.

Au départ, il importe de reconnaître que les clauses expresses du contrat d’achat conclu par la

between PNI and the British Columbia Enterprise Corporation (“BCEC”), under which PNI subsumed BCEC’s rights in the SMA, demonstrate the centrality and importance of the zoning from PNI’s perspective. In the very first page of the offer/agreement for sale, Clause 2.01 explains that PNI’s obligation to purchase is conditional on zoning (as well as on the park dedication, a service agreement and formal subdivision approval):

The acceptance of this Offer by the Purchaser as herein provided shall convert this Offer into a binding agreement . . . for the sale and purchase of the Lands on the terms and conditions herein contained, including the Conditions Precedent and the Purchaser’s Condition contained in Section 5 thereof.

The purchaser’s condition, in Clause 5.01, confirms that there is no agreement if the zoning is not in place:

This Offer and, if accepted, this Agreement is subject to the satisfaction of the Conditions Precedent that:

- (a) the Lands have been rezoned in accordance with the Zoning Plan on or before February 1, 1988;
- . . .

These Conditions Precedent may not be waived unilaterally by either party. If for any reason whatsoever any of the Conditions Precedent are not fully satisfied on or before February 1, 1988, the Initial Deposit, without interest, shall be returned immediately to the Purchaser without deduction and thereafter this Agreement shall be null and void and neither party shall have any further obligation to the other in respect of this Agreement.

The purchase agreement concluded between BCEC and PNI was the fruit of the City’s acceptance that BCEC would sell the development rights of the Phase II lands to a third party. Article 13 of the SMA, entitled “Assignment or Sale by B.C. Enterprise”, documents the City’s understanding that BCEC would eventually sell the development rights to the land:

PNI et la British Columbia Enterprise Corporation («BCEC»), aux termes duquel la PNI était subrogée dans les droits conférés à la BCEC par l’accord-cadre, démontrent le caractère central et l’importance du zonage du point de vue de la PNI. Dans la toute première page de l’offre-contrat d’achat, la clause 2.01 précise que l’obligation d’achat de la PNI est conditionnelle au zonage (de même qu’à l’inauguration du parc, à un contrat de services et à l’approbation officielle du lotissement):

[TRADUCTION] L’acceptation de l’offre énoncée aux présentes par l’acheteur la transforme en contrat obligatoire [...] d’achat des biens-fonds selon les modalités prévues aux présentes, notamment les conditions préalables et la condition de l’acheteur contenue à l’article 5.

La condition de l’acheteur, prévue à la clause 5.01, confirme qu’il n’y a aucun contrat sans le zonage:

[TRADUCTION] La présente offre et, s’il est accepté, le présent contrat, sont assujettis aux conditions préalables que:

- (a) le zonage des biens-fonds ait été modifié conformément au plan de zonage, le 1^{er} février 1988 au plus tard;
- . . .

Ces conditions préalables ne peuvent pas être écartées unilatéralement par l’une ou l’autre des parties. Si, pour quelque raison que ce soit, l’une des conditions préalables n’est pas entièrement respectée le 1^{er} février 1988 au plus tard, le dépôt initial doit être remboursé immédiatement à l’acheteur sans intérêt et sans retenue, et le présent contrat devient alors nul et les parties n’ont plus l’une envers l’autre aucune obligation en vertu de ce dernier.

Le contrat d’achat conclu par la BCEC et la PNI découlait de l’acceptation par la Ville que la BCEC vendrait à un tiers les droits d’aménagement des biens-fonds de la phase II. L’article 13 de l’accord-cadre, intitulé [TRADUCTION] «Cession ou vente par la B.C. Enterprise», atteste que la Ville comprenait que la BCEC vendrait éventuellement les droits d’aménagement du bien-fonds:

[TRADUCTION]

13. B.C. Enterprise covenants and agrees that if it enters into an agreement to sell or convey all or a portion of the lands that are or will be subject to a registration of a restrictive covenant in accordance with this agreement, B.C. Enterprise shall obligate the purchaser in such agreement to enter into an agreement with the City to observe, keep and perform all of the covenants, conditions and obligations of B.C. Enterprise contained herein insofar as the same apply to the said lands being sold by B.C. Enterprise to such purchaser, and in the event of such sale being completed, the purchaser shall be entitled to all the rights, privileges and benefits of B.C. Enterprise contained herein insofar as they affect the lands purchased by such purchaser. [Emphasis added.]

Article 5 of the SMA, entitled “Subdivision Plan Approval”, specifically states that the BCEC intends to develop the lands in phases, “subject to rezoning being completed in accordance with Article 11” (emphasis added). When viewed together, Articles 5, 11 and 13 of the SMA reveal the City’s intention to maintain the zoning through any sale of the Phase II lands. This is not surprising since, as the trial judge found at para. 33, it is quite apparent that zoning was an essential pre-condition of the SMA:

The master agreement dealt with zoning as a condition precedent. If the City failed to adopt the zoning contemplated for the development the master agreement was simply unenforceable. The City did adopt the zoning, the other conditions precedent were satisfied, and the master agreement was then binding on the parties.

Thus, the very wording of the SMA supports the trial judge’s finding that the City understood that PNI’s investment was premised on the belief that the zoning would remain undisturbed for a reasonable period of time. It would be contrary to business sense and to all obligations of fairness to conclude that the condition precedent regarding zoning had to be met but was not protected in any way from unilateral retraction.

Evidence outside of the express terms of the contract also supports the implied term. In particu-

13. La B.C. Enterprise convient que, si elle conclut un contrat de vente ou de cession de la totalité ou d’une partie des biens-fonds qui font ou feront l’objet de l’enregistrement d’un engagement de ne pas faire conformément au présent contrat, elle obligera l’acheteur aux termes de ce contrat à s’engager par contrat avec la Ville à respecter, à maintenir et à exécuter tous les engagements, conditions et obligations de la B.C. Enterprise prévues aux présentes, dans la mesure où ceux-ci s’appliquent aux biens-fonds vendus à cet acheteur par la B.C. Enterprise, et si une telle vente est réalisée, l’acheteur pourra se prévaloir de tous les droits, priviléges et avantages de la B.C. Enterprise énoncés aux présentes, dans la mesure où ils touchent les biens-fonds acquis par cet acheteur. [Je souligne.]

L’article 5 de l’accord-cadre, qui s’intitule [TRADUCTION] «Approbation du plan de lotissement», prévoit expressément que la BCEC compte aménager les biens-fonds par étapes, [TRADUCTION] «à la condition que le zonage soit modifié conformément à l’article 11» (je souligne). Pris ensemble, les articles 5, 11 et 13 de l’accord-cadre démontrent l’intention de la Ville de maintenir le zonage dans toute vente des biens-fonds de la phase II. Ce n’est guère étonnant vu que, comme le juge de première instance l’a conclu au par. 33, il ressort très clairement que le zonage était une condition préalable essentielle de l’accord-cadre:

[TRADUCTION] Dans l’accord-cadre, le zonage était considéré comme une condition préalable. Si la Ville n’adoptait pas le zonage prévu pour l’aménagement, l’accord-cadre devenait tout simplement inexécutoire. La Ville a adopté le zonage, les autres conditions préalables ont été remplies et l’accord-cadre liait donc les parties.

Ainsi, le texte même de l’accord-cadre appuie la conclusion du juge de première instance que la Ville comprenait que l’investissement de la PNI reposait sur la conviction que le zonage serait maintenu pendant une période raisonnable. Il serait contraire au bon sens commercial et à toutes les obligations d’équité de conclure que la condition préalable relative au zonage devait être remplie sans toutefois être protégée daucune façon contre la rétractation unilatérale.

La preuve autre que les clauses expresses du contrat appuie également l’existence d’une clause

lar, the City's letter explaining the SMA to the town of Whistler illustrates the City's view on the agreement. The City stated that the SMA was

designed to facilitate an unusual rezoning of a large area. . . . The developer . . . wished to have a large area . . . rezoned all at once and to proceed with subdivision in several stages over a period of 10 or 12 years without having to rezone the property at each stage.

In this letter, the City recognized that the developer would need 10 to 12 years to finish the project, and therefore, by implication, that the zoning must remain in place for that period.

The Court of Appeal relied on a pre-contractual memorandum written in 1986 by the solicitor of British Columbia Place, the predecessor to BCEC who assigned the development rights to PNI. With respect, little can be gleaned from the passage pointed to:

It must be remembered and kept in mind that the City ALWAYS has final control because if [the developer] proceed[s] on tangents not acceptable to it, the City can always bring the total development to a halt by down-zoning the whole area.

The letter suggests that the City's general power to down-zone has been restricted to a situation where the development is not proceeding as planned, or on tangents, and in this manner, acknowledges that it must respect its promise not to rezone for a reasonable time. This provision is consistent with the understanding the parties had all along, that the contract could not remove the City's ability to exercise its legislative discretion to down-zone. It does not shed light on the crucial issue of the effect of such a decision. Contrary to suggestions otherwise, the passage does not state that the original developer accepted the risk of a decision to down-zone based on issues unrelated to satisfaction with the progress of the development.

implicite. En particulier, la lettre dans laquelle la Ville explique l'accord-cadre à la ville de Whistler illustre la perception qu'elle a de cet accord. La Ville a dit que l'accord-cadre était

[TRADUCTION] conçu pour faciliter une modification de zonage inhabituelle d'un vaste secteur. . . . Le promoteur immobilier . . . souhaitait que le zonage d'un vaste secteur . . . soit modifié d'un seul coup et lotir en plusieurs étapes au cours d'une période de 10 ou 12 ans sans avoir à faire modifier le zonage du bien-fonds chaque fois.

Dans cette lettre, la Ville a reconnu qu'il faudrait de 10 à 12 ans au promoteur immobilier pour terminer le projet, et que le zonage devait implicitement demeurer inchangé pendant cette période.

La Cour d'appel s'est fondée sur un protocole d'entente rédigé en 1986 par l'avocat de British Columbia Place, le prédecesseur de la BCEC qui a cédé les droits d'aménagement à la PNI. En toute déférence, peu de choses ressortent de l'extrait mentionné:

[TRADUCTION] Il faut se rappeler que la Ville a TOUJOURS le dernier mot car si [le promoteur immobilier] pren[d] une direction qu'elle juge inacceptable, elle peut toujours faire arrêter l'ensemble de l'aménagement en modifiant le zonage de tout le secteur.

La lettre laisse entendre que le pouvoir général de la Ville de modifier le zonage est limité au cas où l'aménagement ne se déroule pas comme prévu ou prend une autre direction, et elle reconnaît ainsi que la Ville doit respecter sa promesse de ne pas modifier le zonage pendant une période raisonnable. Cela est compatible avec le fait que les parties ont toujours compris que le contrat ne pouvait pas retirer à la Ville sa capacité d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'adopter un règlement modifiant le zonage. La question cruciale de l'effet d'une telle décision n'est pas pour autant clarifiée. Contrairement à ce qui a été dit, cet extrait ne précise pas que le promoteur immobilier initial a accepté le risque qu'une décision de modifier le zonage soit prise pour des raisons n'ayant rien à voir avec le caractère satisfaisant du déroulement de l'aménagement.

87

The conclusion that the contract contains the implied term is evident from all of the circumstances in this case. Indeed, even counsel for the City made concessions on this point during oral argument. When questioned, counsel for the City acknowledged that if the City had not maintained the zoning for a reasonable time, PNI might have attempted to quash the rezoning by-law under the bad faith provision, *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 313 (which PNI has chosen not to do in this proceeding). The City quite properly conceded that if it had rezoned without allowing PNI reasonable time to complete the project (in their view five years, or at least until a new council was elected), this might have demonstrated that it had acted in bad faith. While counsel stopped short of conceding that the bad faith argument open to PNI would be based on the fact that it was assumed by the parties that the zoning would remain in place for a reasonable time, this must be inferred from his position. The trial judge's finding that PNI had not slept on its rights but had acted with reasonable dispatch is unassailable.

88

To summarize, it is clear that the parties did not agree to a bare term preventing the City from down-zoning, since it is acknowledged that they were cognizant of the rule against binding future councils. Rather, the parties carefully arranged the contract, as described by the trial judge (at para. 26), as "an innovative means of achieving the parties' differing objectives by hinging binding obligations on each piece going into place". The implied term must be present to give the contract business efficacy. In view of the condition precedent in the contract, an officious bystander would necessarily hold the view that the City believed it would owe compensation in the event it down-zoned without the passage of a reasonable time. The alternative infuses the parties with an intention to give the City, as long as it was acting under the rubric of the "public interest", the power to unilaterally, and with impunity, change the zoning immediately after the purchaser paid for the land, depriving him substantially of the benefit of the

Toutes les circonstances de la présente affaire amènent à conclure à l'existence de la clause implicite dans le contrat. En fait, même l'avocat de la Ville a fait des concessions sur ce point au cours des plaidoiries. Lorsqu'on lui a posé la question, il a reconnu que, si la Ville n'avait pas maintenu le zonage pendant une période raisonnable, la PNI aurait pu tenter de faire annuler le règlement modifiant le zonage en vertu de la disposition relative à la mauvaise foi, *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 313 (ce que la PNI s'est abstenu de faire en l'espèce). La Ville a reconnu tout à fait à juste titre que si elle avait modifié le zonage sans accorder à la PNI un délai raisonnable pour terminer le projet (soit cinq ans, selon elle, ou du moins jusqu'à ce qu'un nouveau conseil soit élu), cela aurait pu démontrer de la mauvaise foi de sa part. Même si l'avocat n'a pas été jusqu'à admettre que l'argument de la mauvaise foi que la PNI pouvait invoquer serait fondé sur le fait que les parties tenaient pour acquis que le zonage serait maintenu pendant une période raisonnable, c'est ce qu'il faut déduire de sa position. La conclusion du juge de première instance que la PNI n'a pas tardé à exercer ses droits et a agi avec une promptitude raisonnable est inattaquable.

En résumé, il est évident que les parties n'ont pas souscrit à une simple clause empêchant la Ville de modifier le zonage puisqu'il est reconnu qu'elles connaissaient la règle qui interdit de lier les futurs conseils. Les parties ont plutôt pris soin de structurer le contrat de façon à ce qu'il constitue [TRADUCTION] «un moyen innovateur de réaliser [leurs] objectifs divergents [...] en rattachant des obligations à chaque composante», comme l'a affirmé le juge de première instance (au par. 26). La clause implicite doit être présente pour conférer l'efficacité commerciale au contrat. Compte tenu de la condition préalable du contrat, un observateur objectif serait nécessairement d'avis que la Ville croyait qu'elle devrait verser une indemnité si elle procédait à une modification de zonage avant l'écoulement d'un délai raisonnable. L'autre possibilité attribue aux parties l'intention de donner à la Ville, pourvu qu'elle agisse au nom de l'*«intérêt public»*, le pouvoir de modifier le zonage unilatéralement et impunément dès que l'acheteur aurait

contract. This cannot have been the parties' intention and this Court should not sanction this type of unprincipled immunity.

Issue #2: Is the Implied Term Ultra Vires?

It is accepted that the City cannot be held liable for breaching a term that is *ultra vires*. An *ultra vires* term can be defined as a term entered into by statutory bodies outside the limits of authority granted or established by statute. As put in I. M. Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at para. 63.34:

[I]f there is no legislative authority, express or implied, vested in the [Municipal] corporation to deal with the subject matter, then the by-law, resolution or other act is beyond its powers and is a nullity.

This Court recently reaffirmed the sources of municipal power in *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13, at para. 17, adopting the formulation set out in *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650, at p. 668:

... as statutory bodies, municipalities "may exercise only those powers expressly conferred by statute, those powers necessarily or fairly implied by the expressed power in the statute, and those indispensable powers essential and not merely convenient to the effectuation of the purposes of the corporation".

In *Nanaimo*, the Court confirmed that a broad, purposive and reasonable approach is to be taken when discerning the scope of municipal power. This, I note, is not a recent development. In Rogers, *supra*, at para. 63.34, it is stated that

... the doctrine of *ultra vires* is to be applied reasonably and whatever may be regarded as being incidental to the things which are authorized by the legislature is not, in the absence of an express prohibition, *ultra vires*.

payé le prix du bien-fonds, et de le priver essentiellement du bénéfice du contrat. Cela ne pouvait être l'intention des parties, et notre Cour ne doit pas donner son aval à ce genre d'immunité non fondée sur des principes.

Deuxième question: La clause implicite est-elle ultra vires?

Il est reconnu que la Ville ne peut être tenue responsable de la violation d'une clause *ultra vires*. Une clause *ultra vires* peut se définir comme une clause à laquelle ont souscrit des organismes créés par une loi et qui outrepasse le pouvoir qui leur est conféré par cette loi. Comme l'explique I. M. Rogers, dans son ouvrage intitulé *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, au par. 63.34:

[TRADUCTION] [S]i la loi ne confère pas à la corporation [municipale] le pouvoir explicite ou implicite de réglementer la matière en cause, le règlement, la résolution ou tout autre acte outrepasse alors ses pouvoirs et est frappé de nullité.

Notre Cour a récemment confirmé de nouveau les sources du pouvoir municipal dans l'arrêt *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13, au par. 17, en reprenant la formulation de l'arrêt *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, à la p. 668:

... en tant qu'organismes créés par la loi, les municipalités [TRADUCTION] «peuvent exercer seulement les pouvoirs qui leur sont conférés expressément par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessairement ou vraiment du pouvoir explicite conféré dans la loi, et les pouvoirs indispensables qui sont essentiels et non pas seulement commodes pour réaliser les fins de l'organisme».

Dans l'arrêt *Nanaimo*, notre Cour a confirmé que, pour déterminer la portée du pouvoir municipal, il faut adopter une interprétation large, téléologique et raisonnable. Je fais remarquer que cela n'est pas nouveau. Dans Rogers, *op. cit.*, au par. 63.34, il est dit que

[TRADUCTION] ... la règle de l'*ultra vires* doit être appliquée raisonnablement, et tout ce qui peut être considéré comme accessoire à ce qui est permis par le législateur n'est pas *ultra vires* en l'absence d'une interdiction

Thus, the rule of implied powers has, to some extent, limited the scope of the doctrine.

As the following will demonstrate, there exists a solid statutory basis that grounds the City's authority to agree to the implied term in the SMA.

91

This Court applied the *ultra vires* doctrine in *The King v. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] S.C.R. 500, where the respondent had been granted an exclusive license to sell stamps for 20 years. The Court upheld the Postmaster's termination of the agreement since s. 77 of the *Post Office Act*, R.S.C. 1927, c. 161, stipulated that: "No contract shall be entered into for a longer term than four years" (p. 505). The contract clearly contradicted the statute and was held invalid, as the Postmaster could "constitutionally and validly depute the performance of his duties, only so far as authorized by Parliament" (p. 506). The contract here does not violate any provision of the B.C. Act and this case is easily distinguished.

expresse. Par conséquent, la règle des pouvoirs implicites a, dans une certaine mesure, limité la portée de la règle de l'*ultra vires*.

Comme nous allons le constater ci-après, le pouvoir de la Ville de souscrire à la clause implicite de l'accord-cadre repose sur un fondement légal solide.

Notre Cour a appliqué la règle de l'*ultra vires* dans l'arrêt *The King c. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] R.C.S. 500, où l'intimée avait obtenu l'autorisation exclusive de vendre des timbres pendant une période de 20 ans. La Cour a confirmé la validité de la résiliation du contrat par le ministre des Postes, du fait que l'art. 77 de la *Loi des Postes*, S.R.C. 1927, ch. 161, prévoyait qu'"[a]ucun contrat n'est fait pour plus de quatre années" (p. 505). Le contrat contrevient clairement à la Loi et a été jugé invalide étant donné que le ministre des Postes ne pouvait [TRADUCTION] «constitutionnellement et validement déléguer l'exécution de ses fonctions que dans la mesure où le législateur l'autorisait à le faire» (p. 506). En l'espèce, le contrat ne contrevient à aucune disposition de la loi de la Colombie-Britannique, ce qui différencie aisément la présente affaire.

92

That brings us to the question of whether, in the instant appeal, the implied term is *intra vires* the City. In my opinion, the City was authorized to enter the SMA and agree to the implied term under the general business and contracting power of municipalities. At its lowest, the parties agree that this power allows a council to bind future councils to a long-term contract "where such a contract is made in the exercise of its proprietary or business powers" (Rogers, *supra*, vol. 2, at para. 199.4). The scope of the general power to contract is quite broad (Rogers, *supra*, vol. 2, at para. 197.1):

Apart from statutory restrictions and prohibitions, the general rule is that municipal corporations, like private corporations, have a general power to contract in furtherance of their corporate objects, but where the corpo-

Cela nous amène à la question de savoir si, dans le présent pourvoi, la clause implicite est conforme au pouvoir de la Ville. Je suis d'avis que la Ville était autorisée à conclure l'accord-cadre et à souscrire à la clause implicite, en vertu du pouvoir général que les municipalités possèdent en matière commerciale et contractuelle. Tout au moins, les parties acceptent que ce pouvoir permet à un conseil de lier les conseils qui le suivront par un contrat à long terme [TRADUCTION] «lorsque ce contrat est conclu dans l'exercice de ses pouvoirs en matière de droits de propriété ou d'activités commerciales» (Rogers, *op. cit.*, vol. 2, au par. 199.4). Le pouvoir général de contracter a une portée très large (Rogers, *op. cit.*, vol. 2, au par. 197.1):

[TRADUCTION] À l'exception des restrictions et des interdictions prévues par la loi, la règle générale veut que les corporations municipales, comme les sociétés privées, aient le pouvoir général de conclure des con-

ration is of statutory origin its contractual powers are limited and circumscribed by its constituent Act.

It is important to emphasize that in the instant appeal, there is no statutory provision which specifically excludes the trading of zoning for amenities from the general power to contract.

I also rely on the fact that in B.C., under s. 19(1) of the *Municipal Act*, municipalities have the express power “to contract for materials and services”. This is a wide and general municipal power, which should be interpreted broadly; see *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674, and my colleague’s reasons, at para. 35. Moreover, when viewed in combination with s. 287 of the Act, s. 19 effectively grants to municipalities all powers incidental or conducive to the exercise of the general power to contract for materials and services. Section 287 states:

The council, in addition to powers specifically allotted to it, has the power to do anything incidental or conducive to the exercise of an allotted power.

While the courts of British Columbia have had little opportunity to interpret s. 19(1), there is precedent which suggests that this section is the statutory basis that grounds the municipal authority to enter development agreements with zoning commitments. In *Kendrick v. Nelson (City)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134 (S.C.), the City of Nelson entered a waterfront development agreement with a developer to build a hotel/marina. As well as agreeing to construct a dyke and a pathway at its own expense, the city agreed to “undertake to provide development permit approval based on meeting all the requirements of the development permit process which shall not exceed a maximum of four weeks from the date of application” and to “undertake to provide all the applicable zoning for the development” (para. 16). The zoning in question was already in place; the city’s undertaking was to maintain it for the period necessary to carry out the development plan. A group of citizens challenged the city’s authority to enter the agreement on the basis that it offended s. 292 which prevented the

trats en vue de réaliser leurs objets, mais lorsque la corporation est créée par la loi, ses pouvoirs contractuels sont limités et circonscrits par sa loi constitutive.

Il importe de souligner qu’en l’espèce aucune disposition législative ne soustrait expressément du pouvoir général de contracter l’échange de zonage contre des améliorations.

Je m’appuie également sur le fait qu’en Colombie-Britannique les municipalités ont, en vertu du par. 19(1) de la *Municipal Act*, le pouvoir explicite [TRADUCTION] «de conclure des contrats pour l’obtention de biens et de services». Il s’agit d’un pouvoir municipal large et général qui doit être interprété libéralement: voir l’arrêt *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, et les motifs de mon collègue, au par. 35. De plus, considéré conjointement avec l’art. 287 de la Loi, l’art. 19 a pour effet de conférer aux municipalités tous les pouvoirs accessoires ou favorables à l’exercice du pouvoir général de conclure des contrats pour l’obtention de biens et de services. L’article 287 prévoit:

[TRADUCTION] En plus des pouvoirs qui lui sont expressément conférés, le conseil a le pouvoir d’accomplir les actes qui sont accessoires ou favorables à leur exercice.

Même si les tribunaux de la Colombie-Britannique ont peu eu l’occasion d’interpréter le par. 19(1), il existe un précédent qui indique que ce paragraphe est le fondement légal du pouvoir des municipalités de conclure des contrats d’aménagement assortis d’engagements en matière de zonage. Dans l’affaire *Kendrick c. Nelson (City)* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 134 (C.S.), la ville de Nelson avait conclu avec un promoteur immobilier un contrat d’aménagement du secteur riverain pour la construction d’un hôtel et d’une marina. En plus d’accepter de construire une digue et un sentier à ses propres frais, la Ville s’était engagée [TRADUCTION] «à approuver la demande de permis d’aménagement, une fois remplies toutes les conditions du processus de délivrance d’un permis d’aménagement, ce qui [devrait] être fait dans les quatre semaines suivant la demande», et à «à adopter tout zonage nécessaire à l’aménagement» (par. 16). Le zonage en question était déjà en vigueur; la Ville s’engageait à le maintenir pendant la période nécessaire à la réalisation du plan d’aménagement.

city from assisting a developer. After describing the agreement as “a complex exercise in allocating responsibilities with a co-ordinated approach to the overall waterfront development” (para. 64), McEwan J. recognized that the “municipality exercise[d] its power to contract under S. 19 to effect purposes that are clearly within the realm of public policy” (para. 65).

95

While the statutory scheme had obviously changed by 1995, *Nelson, supra*, supports the view that s. 19 authorizes municipalities to enter development agreements in which they provide zoning commitments. As with the SMA, the agreement at issue in *Nelson* was “an attempt to accommodate a waterfront development that includes public uses and a private business there was a public interest in promoting as part of an overall plan to enhance the economic viability and diversity of the City” (para. 55). Where these types of development agreements do not restrict the City from rezoning, they are not *ultra vires*. The SMA, which simply contemplates compensation in the event of rezoning, falls within the scope of this rule.

96

In light of the foregoing, I cannot accept the City’s position on this issue. The City properly concedes that the SMA was lawful, agreeing that its subject matter was within the City’s jurisdiction. Further, it acknowledges that before 1978 and after 1993, the *Municipal Act* clearly provided for this power. However, based on the “legislative history of zoning provisions in B.C.”, it contends that during the relevant time period, the City did not have the authority to agree to the implied term that would maintain zoning. More specifically, in contrast to the current trend in municipal law, it argues that its general power to contract should be interpreted narrowly, based exclusively on the fact that,

Un groupe de citoyens a contesté le pouvoir de la Ville de conclure le contrat en faisant valoir qu’il contrevenait à l’art. 292 qui interdisait à la Ville d’aider un promoteur immobilier. Après avoir décrit le contrat comme étant [TRADUCTION] «un exercice complexe d’attribution de responsabilités assorti d’une démarche coordonnée quant à l’aménagement de l’ensemble du secteur riverain» (par. 64), le juge McEwan a reconnu que la [TRADUCTION] «municipalité a[vait] exercé le pouvoir de contracter que lui conf[érait] l’art. 19 afin de réaliser des objectifs nettement conformes à l’ordre public» (par. 65).

Même si le régime législatif avait manifestement changé en 1995, la décision *Nelson*, précitée, étaye le point de vue selon lequel l’art. 19 autorise les municipalités à conclure des contrats d’aménagement dans lesquels elles prennent des engagements en matière de zonage. À l’instar de l’accord-cadre, le contrat en cause dans *Nelson* représentait [TRADUCTION] «une tentative de faciliter l’aménagement d’un secteur riverain qui comport[ait] des ouvrages publics et une entreprise privée qu’il était dans l’intérêt public de promouvoir dans le cadre d’un plan d’ensemble destiné à rehausser la viabilité et la diversité économiques de la ville» (par. 55). Lorsque de tels contrats d’aménagement n’empêchent pas la Ville de modifier le zonage, ils ne sont pas *ultra vires*. L’accord-cadre, qui ne fait que prévoir le versement d’une indemnité dans le cas d’une modification de zonage, est visé par cette règle.

Compte tenu de ce qui précède, je ne puis souscrire à la position de la Ville à ce sujet. La Ville admet à juste titre que l’accord-cadre était licite et elle convient que son objet relevait de sa compétence. Elle reconnaît, en outre, qu’avant 1978 et après 1993 la *Municipal Act* conférait clairement ce pouvoir. Toutefois, se fondant sur [TRADUCTION] «l’historique législatif des dispositions relatives au zonage en Colombie-Britannique», elle soutient que, pendant la période pertinente, elle n’avait pas le pouvoir de souscrire à la clause implicite selon laquelle le zonage serait maintenu. Plus précisément, contrairement à la tendance actuelle que l’on constate en droit municipal, elle prétend qu’il y a

when the SMA was negotiated, municipalities were not expressly authorized to enter land use contracts.

With respect to the contrary view, this argument does not carry the City very far. A review of the legislative debates of the *Municipal Amendment Act, 1977*, S.B.C. 1977, c. 57, demonstrates that the legislature of British Columbia had no intention of removing the municipalities' authority to enter long-term planning contracts when it repealed the land use contract provisions. The reason for the amendment was not that the government objected to the municipalities having a tool to control long-term developments, but to the intricacies of the provisions themselves, which had caused the land use contract to become "an often confusing counterproductive roadblock" (*Debates of the Legislative Assembly of British Columbia*, vol. 6, August 8, 1977, at p. 4353). Specifically, councils had been abusing the provisions in effect to raise revenue, by using the land use contract to extract additional concessions from developers. The motive behind the repeal of the land use contract was entirely based on the fact that it was being used in an arbitrary and unintended manner and as a substitute for zoning.

In my view, the review of the history of zoning power in B.C. confirms that in 1987, the City had the power to agree to the term that the City would not rezone for a reasonable time. In 1987, the basic zoning provision was s. 963 of the *Municipal Act* (now R.S.B.C. 1996, c. 323, s. 903), which gave municipalities jurisdiction to enact zoning by-laws. That provision read:

- 963.** (1) A local government may, by bylaw,
- divide the whole or part of the municipality or regional district, as the case may be, into zones,

lieu d'interpréter strictement son pouvoir général de contracter, compte tenu exclusivement du fait qu'au moment où l'accord-cadre a été négocié les municipalités n'étaient pas autorisées expressément à conclure des contrats d'utilisation du sol.

En ce qui concerne le point de vue contraire, cet argument ne mène pas la Ville très loin. L'examen des débats ayant entouré l'adoption de la *Municipal Amendment Act, 1977*, S.B.C. 1977, ch. 57, démontre que l'assemblée législative de la Colombie-Britannique n'avait pas l'intention de retirer aux municipalités le pouvoir de conclure des contrats de planification à long terme lorsqu'elle a abrogé les dispositions relatives aux contrats d'utilisation du sol. La modification a été adoptée parce que le gouvernement s'opposait non pas à ce que les municipalités disposent d'un mécanisme de contrôle de l'aménagement à long terme, mais plutôt aux complexités des dispositions elles-mêmes, qui avaient eu pour effet de transformer les contrats d'utilisation du sol en [TRADUCTION] «obstacle souvent déroutant et nuisible» (*Debates of the Legislative Assembly of British Columbia*, vol. 6, 8 août 1977, à la p. 4353). En réalité, les conseils abusaient des dispositions pour tirer des revenus en se servant notamment des contrats d'utilisation du sol pour arracher des concessions supplémentaires aux promoteurs immobiliers. L'abrogation du contrat d'utilisation du sol était motivée entièrement par le fait qu'il était utilisé d'une manière arbitraire qui n'avait pas été prévue, et comme solution de rechange au zonage.

Selon moi, l'historique du pouvoir de zonage en Colombie-Britannique confirme qu'en 1987 la Ville avait le pouvoir de s'engager à ne pas modifier le zonage pendant une période raisonnable. En 1987, la disposition fondamentale en matière de zonage était l'art. 963 de la *Municipal Act* (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 323, art. 903), qui habilitait les municipalités à adopter des règlements de zonage. Cette disposition se lisait ainsi:

[TRADUCTION]

- 963.** (1) Une administration municipale peut, par règlement:
- diviser en zones la totalité ou une partie de la municipalité ou du district régional, selon le cas, nommer

- name each zone and show by map or describe by legal description the boundaries of the zones,
- (b) limit the vertical extent of a zone and provide other zones above or below it, and
- (c) regulate within the zones
- (i) the use of land, buildings and structures,
 - (ii) the density of the use of land, buildings and structures, and
 - (iii) the siting, size and dimensions of
 - (A) buildings and structures, and
 - (B) uses that are permitted on the land, and
- (d) regulate the shape, dimensions and area, including the establishment of minimum and maximum sizes, of all parcels of land that may be created by subdivision, and
- (i) the regulations may be different for different areas, and
 - (ii) the boundaries of those areas need not be the same as the boundaries of zones created under subsection 1(a).
- (2) The regulations under subsection (1) may be different for different
- (a) zones,
 - (b) uses within a zone,
 - (c) standards of works and services provided, and
 - (d) siting circumstances
- as specified in the bylaw.

(3) The power to regulate under subsection (1) includes the power to prohibit any use or uses in any zone or zones. [Emphasis added.]

99

As is evident, the municipality's express powers included the power to create zones, and to regulate land use within the zones. It did not, as noted by my colleague, include the power, formerly granted under s. 702A of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255 (as am. by S.B.C. 1971, c. 38, s. 52), to enter land use contracts that froze zoning

"notwithstanding any by-law of the municipality". The relevant part of s. 702A read:

- chacune d'elles et les délimiter au moyen d'une carte ou d'une description légale;
- b) limiter l'étendue verticale d'une zone et établir d'autres zones au-dessus ou au-dessous de celle-ci;
- c) régir à l'intérieur des zones:
- (i) l'utilisation du sol, des immeubles et des ouvrages,
 - (ii) la densité de l'utilisation du sol, des immeubles et des ouvrages,
 - (iii) le choix de l'emplacement, la taille et les dimensions:
 - (A) des immeubles et ouvrages,
 - (B) des usages qui peuvent être faits du sol;
- d) régir la forme, les dimensions et la superficie, y compris l'établissement des tailles minimale et maximale, de toutes les parcelles qui peuvent être créées par lotissement, sauf que:
- (i) la réglementation peut varier d'un secteur à l'autre,
 - (ii) les limites de ces secteurs peuvent être différentes de celles des zones créées en vertu de l'alinéa a).
- (2) La réglementation en vertu du paragraphe (1) peut, selon ce qui est prévu par le règlement, varier selon:
- a) les zones;
 - b) les usages à l'intérieur d'une zone;
 - c) les normes des travaux effectués et des services fournis;
 - d) les circonstances du choix de l'emplacement.
- (3) Le pouvoir de réglementation prévu au paragraphe (1) comprend le pouvoir d'interdire toute utilisation dans une zone donnée. [Je souligne.]
- Il est évident que la municipalité avait notamment le pouvoir explicite de créer des zones et de réglementer l'utilisation du sol à l'intérieur de ces zones. Comme l'a fait remarquer mon collègue, elle n'avait pas le pouvoir, auparavant conféré par l'art. 702A de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 255 (mod. S.B.C. 1971, ch. 38, art. 52), de conclure des contrats d'utilisation du sol qui maintiendraient le zonage [TRADUCTION] «nonobstant tout règlement de la municipalité». La partie pertinente de l'art. 702A se lisait ainsi:

[TRADUCTION]

702A. . .

(3) Upon the application of an owner of land within the development area, or his agent, the Council may by by-law, notwithstanding any by-law of the municipality, or section 712 or 713, enter into a land use contract containing such terms and conditions for the use and development of the land as may be mutually agreed upon, and thereafter the use and development of the land shall, notwithstanding any by-law of the municipality, or section 712 or 713, be in accordance with the land use contract.

(4) A contract entered into under subsection (3) shall have the force and effect of a restrictive covenant running with the land and shall be registered in the Land Registry Office by the municipality. [Emphasis added.]

I cannot agree with my colleague that the absence of s. 702A in 1987 demonstrates that the City lacked the authority to agree to maintain the zoning bargained for in a lawful contract. The primary purpose of s. 702A was to force the City to honour land use contracts by effectively granting the developer an acquired right to proceed with a development (including those not yet begun at the time of the change in the zoning), enforceable by specific performance. It is important to emphasize that the absence of the provision does not demonstrate that the City lacked the authority to honour a lawfully entered contract in some other form; this is significant since PNI is not seeking the remedy of specific performance. While the City was no longer forced to allow development projects to proceed, the repeal of s. 702A did not signify that it gained the power to exercise the discretion to rezone, in violation of a lawful contract, with no consequences; see *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199.

By repealing s. 702A, the B.C. government did not prevent the City from entering long-term development contracts; it simply removed the right of municipalities to enter contracts where specific performance was guaranteed (s. 13(3) of the *Municipal Amendment Act, 1977*). The repeal did not end existing land use contracts; see *Re Cressey*

702A. . .

(3) À la demande du propriétaire d'un bien-fonds situé dans le secteur devant être aménagé, ou de son mandataire, le conseil peut, par règlement, nonobstant tout règlement de la municipalité ou les articles 712 et 713, conclure un contrat d'utilisation du sol établissant les modalités de l'utilisation et de l'aménagement du bien-fonds qui peuvent faire l'objet d'un commun accord, après quoi l'utilisation et l'aménagement du bien-fonds doivent être conformes au contrat d'utilisation du sol, nonobstant tout règlement de la municipalité ou les articles 712 et 713.

(4) Un contrat conclu en vertu du paragraphe (3) a la force et l'effet d'un engagement de ne pas faire relativement au bien-fonds et la municipalité doit le faire enrégistrer au bureau d'enregistrement foncier. [Je souligne.]

Je ne puis souscrire à l'opinion de mon collègue que l'absence de l'art. 702A en 1987 montre que la Ville ne pouvait pas accepter de maintenir le zonage négocié dans un contrat licite. L'article 702A visait d'abord et avant tout à forcer la Ville à respecter les contrats d'utilisation du sol en conférant effectivement au promoteur immobilier le droit acquis de procéder à des travaux d'aménagement (y compris ceux qui n'avaient pas encore débuté au moment de la modification du zonage), lequel droit était exécutoire en nature. Il importe de souligner que l'absence de la disposition ne démontre pas que la Ville ne pouvait pas respecter une autre forme de contrat licite; cela est révélateur étant donné que la PNI ne demande pas l'exécution en nature. Même si la Ville n'était plus forcée de permettre la réalisation de projets d'aménagement, l'abrogation de l'art. 702A ne signifiait pas qu'elle était désormais habilitée à exercer sans conséquence le pouvoir discrétionnaire de modifier le zonage en contravention d'un contrat licite; voir *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199.

En abrogeant l'art. 702A, le gouvernement de la Colombie-Britannique n'a pas empêché la Ville de conclure des contrats d'aménagement à long terme; il a simplement éliminé le droit des municipalités de conclure des contrats dans lesquels l'exécution en nature serait garantie (par. 13(3) de la *Municipal Amendment Act, 1977*). L'abrogation

Development Corp. and Township of Richmond (1982), 132 D.L.R. (3d) 166 (B.C.C.A.), and s. 982 of the *Municipal Act*, which acknowledged, by creating a process for their amendment, that existing land use contracts would continue in force:

n'a pas mis fin aux contrats d'utilisation du sol existants; voir *Re Cressey Development Corp. and Township of Richmond* (1982), 132 D.L.R. (3d) 166 (C.A.C.-B.), et l'art. 982 de la *Municipal Act* qui, en créant un processus de modification des contrats d'utilisation du sol, reconnaissait que les contrats déjà existants en la matière demeuraient exécutoires:

[TRADUCTION]

982. . .

(2) Subject to subsections (3) and (5), a land use contract that is entered into and registered in a land title office may be amended

- (a) by bylaw . . . , or
- (b) by a development variance permit issued under section 974 or a development permit under section 976.

101

It must be recognized that the repeal of the land use contract system did not remove the authority of municipalities to bind themselves in regard to zoning. When s. 702A was repealed by s. 13 of the *Municipal Amendment Act, 1977*, it was replaced with s. 702AA, which created a new development permit system. The permit system did not statutorily restrict the municipality from rezoning, as did the land use contract system. However, s. 980(5) was similar in effect:

A local government may issue more than one permit for an area of land, and the land shall be developed strictly in accordance with the permit or permits issued, which shall also be binding on local government.

102

This provision established that once a permit was issued it was "binding on local government". Despite my colleague's assertion otherwise, in my view this confirms the authority of the City "to constrain the future use of this legislative power". Moreover, s. 702AA(8) confirms the binding nature of the permit: "If a development permit is issued, the land shall be developed strictly in

982. . .

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (5), le contrat d'utilisation du sol qui est conclu et qui est enregistré dans un bureau d'enregistrement foncier peut être modifié

- a) au moyen d'un règlement [. . .], ou
- b) au moyen d'un permis de modification d'aménagement délivré en vertu de l'article 974, ou d'un permis d'aménagement délivré en vertu de l'article 976.

Il faut reconnaître que l'abrogation du système de contrats d'utilisation du sol n'a pas éliminé le pouvoir des municipalités de se lier en matière de zonage. Lorsque l'art. 702A a été abrogé par l'art. 13 de la *Municipal Amendment Act, 1977*, il a été remplacé par l'art. 702AA qui a créé un nouveau système de permis d'aménagement. Le système de permis n'empêchait pas légalement la municipalité de modifier le zonage, comme dans le cas du système de contrats d'utilisation du sol. Le paragraphe 980(5) avait cependant un effet similaire:

[TRADUCTION] Une administration locale peut délivrer plus d'un permis pour un secteur, et les biens-fonds de ce secteur doivent être aménagés strictement en conformité avec le ou les permis délivrés, lesquels lient également l'administration locale.

Cette disposition prévoyait que, dès sa délivrance, un permis «li[ait] [. . .] l'administration locale». Malgré l'affirmation contraire de mon collègue, j'estime que cela confirme le pouvoir de la Ville de «limiter l'exercice futur de ce pouvoir de réglementation». De plus, le par. 702AA(8) confirme le caractère obligatoire du permis: [TRADUCTION] «Si un permis d'aménagement est déli-

accordance with the terms, conditions and provisions of the permit.”

As stated by the Minister of Municipal Affairs during second reading of the *Municipal Amendment Act, 1977* when the government repealed land use contracts and introduced development permits, it did not intend to remove the authority of municipalities to control exceptional types of developments (*Debates of the Legislative Assembly of British Columbia, supra*, at p. 4354):

The development permit represents much more than a response against the land-use contract. Its introduction will accomplish several important reforms. First, it defines and confirms the municipality's right to control the qualitative aspects of the exceptional development. . . .

The Minister's remarks confirm that the principle behind repealing land use contracts and substituting development permits was to ensure that developers received an easier, quicker treatment from councils who had previously abused the land use contract. The intent was not, as my colleague suggests, to remove the authority of municipalities to control their planning needs by way of contract. The fact that no development permit was issued in this case is not evidence of the scope of the municipality's power to contract for zoning during the relevant time period. Accordingly, it has no bearing on the authority of the City to enter into the SMA.

To summarize, the general municipal power to contract in furtherance of municipal objectives is a solid basis for the City's authority to agree to the zoning commitments in the SMA. As stated in Rogers, *supra*, vol. 2, at para. 197.1:

There is no principle of law enabling a court to prevent a council from making any contract it sees fit to make with respect to a matter within its jurisdiction (*Independent Cdn. Business Assn. v. Vancouver* (1988), 24 B.C.L.R. (2d) 96 (C.A.)).

vré, le bien-fonds doit être aménagé strictement en conformité avec les modalités du permis».

Comme l'a déclaré le ministre des Affaires municipales au cours de la deuxième lecture de la *Municipal Amendment Act, 1977* lorsque le gouvernement a abrogé les contrats d'utilisation du sol et établi les permis d'aménagement, il ne voulait pas retirer aux municipalités le pouvoir de contrôler certains types exceptionnels d'aménagement (*Debates of the Legislative Assembly of British Columbia, op. cit.*, à la p. 4354):

[TRADUCTION] Le permis d'aménagement constitue beaucoup plus qu'une réaction contre le contrat d'utilisation du sol. Son établissement mettra en œuvre plusieurs réformes importantes. Premièrement, il définit et confirme le droit de la municipalité de contrôler les aspects qualitatifs de l'aménagement exceptionnel. . . .

Les remarques du Ministre confirment que le principe qui sous-tend l'abrogation des contrats d'utilisation du sol et leur remplacement par des permis d'aménagement était d'assurer que les promoteurs immobiliers bénéficiaient d'un traitement plus facile et plus rapide de la part des conseils qui avaient auparavant abusé du contrat d'utilisation du sol. Contrairement à ce que mon collègue affirme, l'intention n'était pas de retirer aux municipalités le pouvoir de contrôler leurs besoins de planification au moyen de contrats. Le fait qu'aucun permis d'aménagement n'a été délivré en l'espèce ne prouve rien quant à l'étendue du pouvoir de la municipalité de conclure des contrats en matière de zonage pendant la période pertinente. Par conséquent, ce fait n'influe aucunement sur le pouvoir de la Ville de conclure l'accord-cadre.

En résumé, le pouvoir municipal général de contracter en vue de réaliser des objectifs municipaux est un fondement solide du pouvoir de la Ville de consentir aux engagements en matière de zonage contenus dans l'accord-cadre. Comme on le précise dans Rogers, *op. cit.*, vol. 2, au par. 197.1:

[TRADUCTION] Aucun principe de droit n'habilite une cour à empêcher un conseil de conclure tout contrat qu'il juge bon de conclure à l'égard d'une matière qui relève de sa compétence (*Independent Cdn. Business Assn. c. Vancouver* (1988), 24 B.C.L.R. (2d) 96 (C.A.)).

Section 19(1) and s. 963 (read in conjunction with s. 287) establish that the subject matter of the implied term in the SMA was within the City's jurisdiction. The express power to contract for materials and services, coupled with the municipality's power to zone, provided the City with the authority to agree to a contract that contained a term which temporarily maintains zoning; see *Kendrick, supra*. Even if the authorization did not flow directly from these provisions, this power would necessarily or fairly be implied under these express powers. Finally, and perhaps most telling, is the fact that, in argument, the City conceded the SMA was lawful despite being unable to identify a specific statutory basis which granted it the authority to enter into this type of contract. Aside from the fact that it is inconsistent to assert that only the implied term is *ultra vires*, in my view, the statutory basis is the one that I have just identified and, properly interpreted, it extends to the City's agreement to maintain the zoning. While this disposes of the *ultra vires* issue, three additional points bear comment.

105

First, the City suggests that s. 972(1) of the *Municipal Act* which provides that no compensation is payable to any person for reduced land values due to changes in zoning supports its position that no remedy is available for breach of contract in this case. I think the purpose and effect of s. 972(1) are entirely unrelated to the issue before us. Section 972(1) states:

972. (1) Compensation is not payable to any person for any reduction in the value of that person's interest in land, or for any loss or damages that result from the adoption of an official community plan, a rural land use bylaw or a bylaw under this Division or the issue of a permit under Division (5).

The statutory scheme demonstrates that s. 972(1) provides immunity to the City for decisions to down-zone *simpliciter*; it does not prevent recov-

Le paragraphe 19(1) et l'art. 963 (interprétés conjointement avec l'art. 287) établissent que l'objet de la clause implicite de l'accord-cadre relevait de la compétence de la Ville. Le pouvoir explicite de conclure des contrats pour l'obtention de biens et de services, conjugué au pouvoir municipal de zonage, conférait à la Ville le pouvoir de conclure un contrat assorti d'une clause selon laquelle le zonage serait maintenu temporairement; voir *Kendrick*, précité. Même si l'autorisation ne découlait pas directement de ces dispositions, ce pouvoir ressortait nécessairement ou à juste titre de façon implicite des pouvoirs explicites susmentionnés. Enfin, ce qui est peut-être le plus révélateur, il y a le fait que, dans sa plaidoirie, la Ville a reconnu que l'accord-cadre était licite même si elle était incapable de relever une disposition législative qui l'habilitait expressément à conclure ce genre de contrat. Outre le fait qu'il soit illogique d'affirmer que seule la clause implicite est *ultra vires*, j'estime que le fondement légal de ce pouvoir est celui que je viens de décrire et qu'il doit être interprété comme s'appliquant à l'engagement de la Ville de maintenir le zonage. Bien que cela règle la question de l'*ultra vires*, trois autres points méritent d'être commentés.

Premièrement, la Ville indique que le par. 972(1) de la *Municipal Act*, qui prévoit qu'aucune indemnité n'est payable pour la diminution de la valeur d'un bien-fonds résultant d'une modification de zonage, étaye son point de vue selon lequel il n'existe aucun recours pour inexécution de contrat en l'espèce. Je crois que l'objet et l'effet du par. 972(1) n'ont absolument rien à voir avec la question dont nous sommes saisis. Le paragraphe 972(1) se lit ainsi:

[TRADUCTION]

972. (1) Aucune indemnité n'est payable à quiconque pour la diminution de la valeur d'un bien-fonds, ou pour toute perte ou tous dommages résultant de l'adoption d'un plan communautaire officiel, d'un règlement relatif à l'utilisation de terres rurales, d'un règlement pris en vertu de la présente division ou de la délivrance d'un permis en vertu de la division (5).

Le régime législatif démontre que le par. 972(1) accorde simplement à la Ville l'immunité relative aux décisions de modifier le zonage; il n'em-

ery for rezoning in breach of a contract. The subsection was introduced in 1985 by the *Municipal Amendment Act, 1985*, S.B.C. 1985, c. 79, s. 8, at the same time as s. 980(5) which established that development permits were binding on the City. If s. 972(1) covered every decision to down-zone, s. 980(5) would have no purpose as the former provision would remove the availability of a remedy if the City did not honour a binding permit. It is plain that the only way to interpret these provisions together as part of the same scheme is to realize that s. 972(1) allows municipalities to make routine zoning decisions with impunity and that the balance of the provisions, which demonstrate the legislative policy of allowing a municipality to bind itself, continue to have meaning. Here, PNI is not demanding compensation only “because the City exercised its legislative powers in a particular way” (LeBel J., at para. 64). It is suing because the City chose to do so in breach of contract.

Second, my colleague asserts that specific provisions in force in the relevant time period restricting the power of municipalities to enter into contracts of a duration exceeding five years reveal that the Province contemplated a regime where long term contracts were closely controlled. I, on the other hand, believe that limiting the duration of contracts in specific instances is indicative of the fact that no restrictions were contemplated generally. In my view, these provisions do not justify a restrictive interpretation of the City’s powers and are of little significance in this appeal. The City concedes that the long-term development contract at issue in this appeal, the SMA, is lawful.

Third, I find it necessary to comment on the Court of Appeal’s approach to the *ultra vires* issue. The Court of Appeal preferred not to rely on the *ultra vires* doctrine in finding for the City, but did express doubt that it would be “*intra vires* a municipal corporation to expressly contract not to down-zone” (para. 41). To reach that position, it

pêche pas l’indemnisation pour la modification de zonage en violation d’un contrat. Ce paragraphe a été introduit en 1985 par la *Municipal Amendment Act, 1985*, S.B.C. 1985, ch. 79, art. 8, en même temps que le par. 980(5) qui établissait que les permis d’aménagement liaient la Ville. Si le par. 972(1) s’appliquait à toute décision de modifier le zonage, le par. 980(5) serait inutile étant donné que la première disposition écarterait tout recours dans les cas où la Ville n’aurait pas respecté un permis qui la liait. Il est clair que la seule façon d’interpréter ces dispositions ensemble en tant que parties du même régime est de comprendre que le par. 972(1) permet aux municipalités de prendre impunément des décisions de routine en matière de zonage et que les autres dispositions, qui traduisent la politique législative de permettre à une municipalité de se lier, continuent d’avoir un sens. En l’espèce, la PNI ne réclame pas une indemnité seulement «parce que la Ville a exercé ses pouvoirs de réglementation d’une certaine manière» (le juge LeBel, au par. 64). Elle intente une poursuite parce que la Ville a décidé de le faire en violation d’un contrat.

Deuxièmement, mon collègue affirme que, selon les dispositions particulières qui, à l’époque pertinente, restreignaient le pouvoir des municipalités de conclure des contrats d’une durée supérieure à cinq ans, la province envisageait un régime dans lequel les contrats à long terme feraient l’objet d’un contrôle serré. De mon côté, je crois que limiter la durée des contrats dans certains cas indique qu’aucune restriction n’était prévue en général. Selon moi, ces dispositions ne justifient pas une interprétation restrictive des pouvoirs de la Ville et ont peu d’importance dans le présent pourvoir. La Ville reconnaît le caractère licite du contrat d’aménagement à long terme qui est en cause en l’espèce, à savoir l’accord-cadre.

Troisièmement, je juge nécessaire de commenter la façon dont la Cour d’appel a abordé la question de l’*ultra vires*. La Cour d’appel a préféré ne pas se fonder sur la règle de l’*ultra vires* en statuant en faveur de la Ville, mais elle a dit douter [TRADUCTION] «[qu’]une corporation municipale ait le pouvoir de s’engager expressément par contrat à ne

relied on the following statement by Sopinka J. in *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, at pp. 276-77:

In most cases, as here, the problem arises with respect to the exercise of a power that is not expressly conferred but is sought to be implied on the basis of a general grant of power. It is in these cases that the purposes of the enabling statute assume great importance. The approach in such circumstances is set out in the following excerpt in Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, *supra*, § 64.1, at p. 387, with which I agree:

In approaching a problem of construing a municipal enactment a court should endeavour firstly to interpret it so that the powers sought to be exercised are in consonance with the purposes of the corporation. The provision at hand should be construed with reference to the object of the municipality: to render services to a group of persons in a locality with a view to advancing their health, welfare, safety and good government.

Any ambiguity or doubt is to be resolved in favour of the citizen especially when the grant of power contended for is out of the “usual range”. See Rogers, *supra*, at § 64.1, and *Re Taylor and the City of Winnipeg* (1896), 11 Man. R. 420, *per* Taylor C.J.

108

To begin with, the Court of Appeal did not consider the last direction that any doubt is to be resolved in favour of the citizen. More importantly, I do not agree with the Court of Appeal’s assessment that the significance of *Shell* to the instant appeal is “that the majority adopted a narrow approach to the definition of powers not expressly conferred but sought to be implied on the basis of a general grant of power” (para. 34). The conclusion of the majority in *Shell* was prompted by their key finding (at p. 280) that the

purpose of the Resolutions is to affect matters beyond the boundaries of the City without any identifiable benefit to its inhabitants. This is a purpose that is neither expressly nor impliedly authorized by the *Vancouver*

pas modifier le zonage» (par. 41). Pour en arriver à ce point de vue, elle s'est fondée sur l'affirmation suivante du juge Sopinka dans l'arrêt *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, aux pp. 276 et 277:

La plupart du temps, comme c'est le cas en l'espèce, le problème se pose souvent relativement à l'exercice d'un pouvoir non expressément conféré mais dont on dit qu'il découle implicitement d'une attribution générale de compétence. C'est dans ces cas que les objets de la loi habilitante revêtent une grande importance. La façon de procéder en pareils cas est énoncée par Rogers dans l'extrait suivant de *The Law of Canadian Municipal Corporations*, *op. cit.*, par. 64.1, à la p. 387, auquel je souscris:

[TRADUCTION] Devant un problème d'interprétation d'une résolution ou d'un règlement adopté par une municipalité, les tribunaux doivent s'efforcer en premier lieu de donner une interprétation qui harmonise les pouvoirs que l'on cherche à exercer avec les objets de la municipalité. La disposition en cause devrait s'interpréter en fonction de l'objet de la municipalité: fournir des services à un groupe de personnes, dans une localité, en vue d'en améliorer la santé, le bien-être, la sécurité et le bon gouvernement.

Tout doute ou toute ambiguïté doit profiter au citoyen, particulièrement lorsque le pouvoir que l'on prétend avoir sort de l’«ordinaire». Voir Rogers, *op. cit.*, par. 64.1, et *Re Taylor and the City of Winnipeg* (1896), 11 Man. R. 420, le juge en chef Taylor.

Pour commencer, la Cour d'appel n'a pas tenu compte de la dernière directive selon laquelle tout doute doit profiter au citoyen. Qui plus est, je ne partage pas l'évaluation de la Cour d'appel selon laquelle l'importance de l'arrêt *Shell* dans le présent pourvoi vient du fait [TRADUCTION] «que les juges majoritaires ont adopté une façon stricte d'aborder la définition des pouvoirs qui ne sont pas expressément conférés mais que l'on prétend implicites en raison d'une attribution générale de compétence» (par. 34). La conclusion des juges majoritaires dans l'arrêt *Shell* découlait de leur conclusion principale (à la p. 280) que les

résolutions ont pour objet d'exercer une influence à l'extérieur des limites de la ville et ne comportent aucun bénéfice précis pour ses citoyens. Il s'agit d'un objet qui n'est autorisé ni expressément ni implicitement par la

Charter and is unrelated to the carrying into effect of the intent and purpose of the *Vancouver Charter*.

Quite clearly, the principal holding in *Shell* was that the municipality was not acting for a municipal purpose, and not that a municipality's implied powers should be narrowly construed. *Shell* merely confirms that a municipality must act for an appropriate purpose, and where it does not, its action will be *ultra vires*. Here, the power sought to be exercised (to contract for long-term development) accords with the purposes of the corporation.

The Court of Appeal's position on the *ultra vires* issue was largely based on its finding that it is "most doubtful that the City has the power to contractually bind itself to do that which, by settled law, it is forbidden to do" (para. 38). With the greatest respect, the premise, and therefore the conclusion, is incorrect: the agreement to maintain zoning is not forbidden by settled law. Under the contract, as required, the City retained its power to modify the zoning but it remained liable for civil consequences if it breached its contractual obligations. The following explains that the City's commitment to the zoning does not violate public policy.

Issue #3: Is It Contrary to Public Policy to Enforce the Implied Term?

The final question in this appeal is whether the well established rule accepted by both parties that City Council does not have the authority to fetter the ability of a future council to exercise its legislative power is violated by the implied term at issue. In my view, it does not and the implied term is not void for public policy.

I agree that a limitation on a municipality's legislative power is not a trivial matter: but the fact is that the SMA does not restrict the City's authority to rezone. This is not a case where the municipality has given up its legislative powers. Thus, my col-

Charte de Vancouver et qui n'est pas lié à la réalisation de l'intention et de l'objet de cette charte.

Il est très clair que la conclusion principale de l'arrêt *Shell* était que la municipalité n'avait pas agi à une fin municipale, et non pas qu'il y avait lieu d'interpréter restrictivement les pouvoirs implicites d'une municipalité. L'arrêt *Shell* ne fait que confirmer qu'une municipalité doit agir à une fin appropriée et que si elle ne le fait pas, ses actes sont *ultra vires*. En l'espèce, le pouvoir (de conclure un contrat d'aménagement à long terme) que l'on cherchait à exercer est compatible avec les fins de la municipalité.

La position de la Cour d'appel relativement à la question de l'*ultra vires* était fondée en grande partie sur sa conclusion qu'il est [TRADUCTION] «fort douteux que la Ville ait le pouvoir de s'engager par contrat à faire ce que le droit établi lui interdit de faire» (par. 38). En toute déférence, la prémissé et, par conséquent, la conclusion sont erronées: le contrat prévoyant le maintien du zonage n'est pas interdit par le droit établi. En vertu de ce contrat, la Ville conservait, au besoin, le pouvoir de modifier le zonage, mais elle continuait d'engager sa responsabilité civile si elle ne respectait pas ses obligations contractuelles. Ce qui suit explique que l'engagement de la Ville en matière de zonage n'est pas contraire à l'ordre public.

Troisième question: Est-il contraire à l'ordre public d'appliquer la clause implicite?

La dernière question à trancher dans le présent pourvoi est de savoir si la clause implicite en cause contrevient à la règle bien établie et acceptée par les deux parties selon laquelle le conseil municipal n'a pas le pouvoir d'entraver l'exercice du pouvoir de réglementation d'un futur conseil. Je suis d'avis que la clause implicite ne contrevient pas à cette règle et n'est pas frappée de nullité pour des raisons d'ordre public.

Je conviens qu'une limitation du pouvoir de réglementation d'une municipalité n'est pas quelque chose de négligeable, mais il reste que l'accord-cadre ne restreint pas le pouvoir de la Ville de modifier le zonage. Il ne s'agit pas d'un

league's assertion that municipalities "cannot agree to change zoning in return for particular consideration, and they cannot agree to keep zoning unchanged in return for particular consideration" (para. 57) overlooks the existence of the contract that is at the heart of this dispute. On the former point, the City concedes that the SMA, which was conditional on rezoning, was lawful. The latter point is the very issue to be settled in this appeal.

cas où la municipalité a renoncé à ses pouvoirs de réglementation. Par conséquent, l'affirmation de mon collègue, selon laquelle les municipalités «ne peuvent pas consentir à modifier un zonage ou à le maintenir en échange d'une contrepartie particulière» (par. 57) ne tient pas compte de l'existence du contrat qui est au cœur du présent litige. Au sujet de la première question, la Ville admet que l'accord-cadre, qui était conditionnel à la modification du zonage, était licite. La dernière question est justement celle qui doit être tranchée dans le présent pourvoi.

¹¹² In finding that the implied term limited the Council's discretion to rezone and was therefore contrary to public policy, the Court of Appeal relied on *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709 (B.C.C.A.), and *Ingledew's Ltd. v. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41 (B.C.S.C.), to support its view that requiring council to consider liability for damages fetters legislative discretion. I cannot agree with this proposition and do not find that those cases provide it with a solid foundation.

En concluant que la clause implicite limitait le pouvoir discrétionnaire du conseil de modifier le zonage et qu'elle était donc contraire à l'ordre public, la Cour d'appel a invoqué l'arrêt *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709 (C.A.C.-B.), et la décision *Ingledew's Ltd. c. City of Vancouver* (1967), 61 D.L.R. (2d) 41 (C.S.C.-B.), à l'appui de son opinion selon laquelle exiger que le conseil tienne compte de l'obligation de payer des dommages-intérêts entrave le pouvoir discrétionnaire de réglementation. Je ne puis être d'accord avec cette proposition et je n'estime pas que cette jurisprudence l'appuie solidement.

¹¹³ In *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District*, *supra*, the city entered into a contract with the aim of rezoning certain land in the City of Vancouver from a three-storey multiple dwelling zone to a six-storey light industrial zone. The city gave an unqualified covenant to rezone the land (upon due registration of its rights under the *Land Registry Act*, R.S.B.C. 1948, c. 171) in exchange for a promise from the owners to refrain from building on the northern most edge of the property and to landscape it. The city applied to register these charges against the land, but the Registrar refused because, in his view, there was no registrable interest. The majority of the Court of Appeal decided that it was unnecessary to analyze the objections made by the Registrar since it found that the agreement was *ex facie* invalid. The problem with the agreement was that the city had fettered its legislative discretion by agreeing to pass a by-law (at p. 712):

Dans l'arrêt *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, précité, la ville de Vancouver avait conclu un contrat en vue de modifier le zonage d'un bien-fonds situé sur son territoire en le faisant passer d'une zone d'immeubles d'habitation de trois étages à une zone d'immeubles de six étages affectés à l'industrie légère. La ville avait pris l'engagement absolu de modifier le zonage du bien-fonds (une fois que ses droits auraient dûment été enregistrés en vertu de la *Land Registry Act*, R.S.B.C. 1948, ch. 171) en contrepartie d'une promesse des propriétaires de ne rien construire sur la partie la plus au nord du bien-fonds et d'y effectuer un aménagement paysager. La ville a fait une demande d'enregistrement de ces charges grevant le bien-fonds, mais le регистrateur a refusé parce qu'il était d'avis qu'il n'y avait aucun droit enregistrable. La Cour d'appel, à la majorité, a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'analyser les objections du registrateur étant

With these observations, I turn now to the invalidity of the agreement. That lies in the fact that by cl. 11 of the agreement, the City bound itself without reservation or qualification, to pass the amending by-law effecting the proposed re-zoning upon due registration of the City's rights under the agreement. By so doing the City bound itself, and thereby the council (through whom it must act) to disregard all objections to its passage, though the objectors had the statutory right to have their objections considered and determined upon their merits when the by-law was presented for hearing. The agreement impaired the discretion vested in the council by the *Town Planning Act* for the protection of the competing and conflicting interests of property owners affected by the proposed amending by-law and the interests of the community as a whole.

The agreement in *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District* required the city to act in a manner that violated its statutory commitments (i.e., a neutral assessment of the public interest through public hearings could not be conducted), and consequently embarrassed the legislative process. That distinguishes it (and its progeny, including *Ingledew's*, *supra*) from the present appeal, where the City did not bind itself to pass a by-law but merely agreed to honour its contractual commitments. There is a valid distinction in, on the one hand, committing indelibly to pass a zoning by-law, and, on the other, agreeing to compensate if the basic by-law which is a condition precedent to the contract is repealed. This latter promise is less restrictive, does not offend the public interest and does not embarrass the legislative process. There is no danger that Council will be placed in the awkward position of compulsorily pushing through a by-law while conducting sham public hearings. Here, the City merely accepted that the passing of a by-law would be a condition

precedent to the contract. There was never any obligation to pass the by-law.

donné sa conclusion que l'accord était invalide à première vue. Le problème que posait le contrat était que la ville avait entravé son pouvoir discrétionnaire de réglementation en acceptant d'adopter un règlement (à la p. 712):

[TRADUCTION] Compte tenu de ces observations, j'examine maintenant la question de l'invalidité du contrat. Elle est due au fait que, par la clause 11 du contrat, la ville s'est engagée sans réserve ni exception à adopter le règlement qui réaliseraient la modification de zonage projetée dès que les droits conférés à la ville par le contrat seraient dûment enregistrés. Ce faisant, la ville s'est engagée et, par le fait même, a engagé le conseil (par l'intermédiaire duquel elle doit agir) à ne pas tenir compte des objections à son adoption même si la loi accordait aux opposants le droit de faire examiner et trancher leurs objections au fond lors de la présentation du règlement en audience. Le contrat portait atteinte au pouvoir discrétionnaire conféré au conseil par la *Town Planning Act* pour la protection des droits opposés des propriétaires fonciers touchés par le projet de règlement modificatif et des droits de l'ensemble de la collectivité.

Le contrat en cause dans l'affaire *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District* obligeait la ville à agir d'une manière contraire à ses obligations légales (en sens qu'il était impossible d'effectuer une évaluation neutre de l'intérêt public au moyen d'audiences publiques) et grevait donc le processus de réglementation. Cela différencie cet arrêt (et les décisions qui l'ont suivi, dont *Ingledew's*, précitée) du présent pourvoi où la Ville s'est engagée non pas à adopter un règlement, mais uniquement à respecter ses engagements contractuels. Il y a une distinction valide entre, d'une part, s'engager irrévocablement à adopter un règlement de zonage et, d'autre part, accepter de verser une indemnité si jamais le règlement de base qui constitue une condition préalable du contrat est abrogé. Cette dernière promesse est moins restrictive, n'est pas contraire à l'intérêt public et ne grève pas le processus de réglementation. Il n'y a aucun risque que le conseil soit placé dans la situation délicate où il devra obligatoirement adopter un règlement particulier après avoir tenu des audiences publiques pour la forme. En l'espèce, la Ville n'a fait qu'accepter que l'adoption d'un règlement soit une condition préalable du contrat. Elle n'a jamais eu l'obligation d'adopter le règlement.

115 In my view, there is a distinction between preventing council from exercising its legislative discretion and requiring it to consider its contractual obligations before exercising that discretion. The case law upholds such a distinction. In the recent decision of *Wells, supra*, this Court recognized, at para. 43, a similar distinction

between the respondent's right to hold office as a Commissioner, and his right to the financial benefits of having agreed to serve in that capacity. While the legislature is free to remove the power and responsibility of the office, in doing so it does not strip the respondent of the compensation flowing from the contract unless it specifically so enacts.

116 The cases which my colleague asserts support the position that an indirect fettering is illegal (*Town of Eastview v. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa* (1918), 44 O.L.R. 284 (S.C., App. Div.), and *Walker v. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143 (S.C.)) are easily distinguished. In *Eastview*, the town council bound itself "to approve and allow forever the use for cemetery purposes of the lands" and to "never attempt to prevent or prohibit interment of the dead in said lands" (p. 288). That permanent and absolute covenant is obviously a far cry from the City's temporary and reasonable promise to compensate PNI if it rezoned without giving PNI a reasonable period to proceed with its development project. Similar reasoning may apply to *Walker*.

117 The decision of the New Brunswick Supreme Court, Appeal Division in *Attorney-General for New Brunswick v. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693, points out the significance between indirect and direct fettering of a municipal council's power. I cannot agree with my colleague that the *ratio* of this case is unclear. In *Saint John*, the city gave the New Brunswick Power Co. the right to operate buses in the city for a period of six years. The contract provided that if city council in the first six years gave another company a franchise to operate buses or compelled the Power Co. to end its operations, the city would indemnify it against

Selon moi, il y a une distinction entre empêcher le conseil d'exercer son pouvoir discrétionnaire de réglementation et l'obliger à tenir compte de ses obligations contractuelles avant d'exercer ce pouvoir. La jurisprudence confirme l'existence de cette distinction. Récemment, dans l'arrêt *Wells*, précité, notre Cour reconnaissait, au par. 43, l'existence d'une distinction semblable

entre le droit de l'intimé d'occuper un poste comme commissaire et son droit aux avantages financiers qui découlent du fait d'avoir accepté d'exercer de telles fonctions. Bien que la législature soit libre de priver un poste de pouvoir et de responsabilité, en ce faisant, elle ne prive pas l'intimé de l'indemnité découlant du contrat, sauf si elle le prévoit expressément dans la loi.

Les décisions qui, selon mon collègue, appuient le point de vue selon lequel une entrave indirecte est illégale (*Town of Eastview c. Roman Catholic Episcopal Corporation of Ottawa* (1918), 44 O.L.R. 284 (C.S., Div. app.), et *Walker c. Mayor of St. John* (1872), 14 N.B.R. 143 (C.S.)) sont faciles à distinguer. Dans *Eastview*, le conseil municipal s'était engagé [TRADUCTION] «à approuver et à permettre à tout jamais que les terrains servent de cimetière» et à [TRADUCTION] «ne jamais tenter d'y empêcher ou d'y interdire l'enterrement des morts» (p. 288). Cet engagement permanent et absolu est manifestement très différent de la promesse temporaire et raisonnable de la Ville d'indemniser la PNI si elle modifiait le zonage sans donner à cette dernière un délai raisonnable pour réaliser son projet d'aménagement. Un raisonnement similaire peut s'appliquer à l'affaire *Walker*.

L'arrêt de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, Division d'appel, *Attorney-General for New Brunswick c. Saint John*, [1948] 3 D.L.R. 693, fait ressortir la différence importante entre l'entrave indirecte et l'entrave directe au pouvoir d'un conseil municipal. Je ne puis convenir avec mon collègue que le raisonnement de cet arrêt n'est pas clair. Dans l'affaire *Saint John*, la ville avait accordé à la New Brunswick Power Co. le droit d'exploiter un service d'autobus dans la ville pendant une période de six ans. Le contrat prévoyait que si, au cours des six premières années, le conseil municipal accordait à une autre société un

the capital loss arising from the initial purchase of the buses. It was argued that the city had fettered its discretion to grant a franchise to another entity because of the liability which it would incur to the Power Co. under the contract. At p. 707, Harrison J. found that the indemnification of the Power Co. was not *ultra vires*:

This clause in the agreement cannot therefore be objected to because it creates a legal obstacle to the performance by the city of its statutory duties. It is merely a question of good business, and as the city were asking the Power Company to purchase motor buses and go to a large expense in providing this equipment, the agreement to compensate the company, should this service be discontinued by reason of the city's action, does not appear unreasonable.

The same reasoning was adopted in *First City Development Corp. v. Durham (Regional Municipality)* (1989), 41 M.P.L.R. 241 (Ont. H.C.), at p. 270, and is consistent with English case law on the issue; see *Stourcliffe Estates Co. v. Bournemouth Corp.*, [1908-10] All E.R. 785 (C.A.); *Dowty Boulton Paul Ltd. v. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277 (Ch. D.).

That reasoning must be applied here. The implied term is not a “legal obstacle to the performance . . . of . . . statutory duties”, but a “question of good business” (*Saint John, supra*, at p. 707). The City asked PNI to involve itself in a complex, long-term development agreement that was in the public interest. The developer was forced to make a large capital expenditure at the outset. As in *Saint John*, the “agreement to compensate the company, should this [contract] be discontinued by reason of the city's action, does not appear unreasonable” (p. 707). By distinguishing *Saint John*, the Court of Appeal in *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District* accepted that a contractual term which allows for damages in the event of a change of policy by the City is not void *per se* for public policy. *Saint John* recognizes that the City must respect vested rights

permis d'exploiter un service d'autobus ou forçait la Power Co. à mettre fin à ses activités, la ville indemniserait cette dernière de la perte en capital résultant de l'achat initial des autobus. On a fait valoir que la ville avait entravé son pouvoir discrétionnaire d'accorder un permis à une autre entité du fait que sa responsabilité envers la Power Co. serait engagée aux termes du contrat. À la page 707, le juge Harrison a conclu que l'indemnisation de la Power Co. n'était pas *ultra vires*:

[TRADUCTION] Il est donc impossible de s'opposer à cette clause du contrat pour le motif qu'elle crée un obstacle juridique à l'exécution des obligations légales de la ville. Ce n'est qu'une question de saine gestion commerciale, et étant donné que la ville demandait à la Power Company d'acheter des autobus et d'engager de grandes dépenses à cette fin, le contrat qui prévoyait l'indemnisation de la société si la ville prenait l'initiative de mettre fin à ce service ne paraît pas déraisonnable.

Le même raisonnement a été adopté dans *First City Development Corp. c. Durham (Regional Municipality)* (1989), 41 M.P.L.R. 241 (H.C. Ont.), à la p. 270, et est compatible avec la jurisprudence anglaise sur la question; voir *Stourcliffe Estates Co. c. Bournemouth Corp.*, [1908-10] All E.R. 785 (C.A.); *Dowty Boulton Paul Ltd. c. Wolverhampton Corp.*, [1971] 2 All E.R. 277 (Ch. D.).

Ce raisonnement doit être appliqué en l'espèce. La clause implicite est non pas un [TRADUCTION] «obstacle juridique à l'exécution [...] [d']obligations légales», mais une «question de saine gestion commerciale» (*Saint John*, précité, à la p. 707). La Ville a demandé à la PNI d'être partie à un contrat complexe d'aménagement à long terme qui était dans l'intérêt public. Le promoteur immobilier a dû engager une grande dépense en capital au départ. Comme dans l'affaire *Saint John*, le [TRADUCTION] «contrat qui prévoyait l'indemnisation de la société si la ville prenait l'initiative [d'y] mettre fin [...] ne paraît pas déraisonnable» (p. 707). En différenciant l'arrêt *Saint John*, la Cour d'appel, dans l'arrêt *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, a reconnu qu'une clause contractuelle permettant le versement de dommages-intérêts en cas de changement

and its contractual obligations. Repudiating the consideration for the contract cannot, in my opinion, be justified on the basis of public policy.

de politique de la part de la Ville n'est pas nulle en soi pour des raisons d'ordre public. L'arrêt *Saint John* reconnaît que la Ville doit respecter les droits acquis et ses obligations contractuelles. Selon moi, la répudiation de la contrepartie du contrat ne saurait être justifiée par des raisons d'ordre public.

¹¹⁹ The finding that the implied term is not contrary to public policy is consistent with the modern approach to Crown liability for breach of contract as this Court recently set out in *Wells, supra*. I cannot agree with my colleague that the situation here can be distinguished from *Wells* because the SMA is not a business contract of a type similar to the one at issue in that case. The artificial creation of categories of business contracts is unjustified and unworkable. In *Wells*, this Court recognized that the government cannot glibly avoid responsibility for breaches of contract. Thus *Wells*, who had been a Commissioner with the Public Utilities Board until he lost his job during government restructuring, was entitled to damages for breach of contract. Our finding that the government of Newfoundland had the authority to restructure the Board did not signify that the legislature could act with impunity. Rather, we stated that in order to avoid the legal consequences of breaching a contract, the Government had to use clear and explicit statutory language to extinguish any existing rights previously conferred to an individual. *Wells*'s right to seek damages for the breach had not been removed by legislation, and consequently, he was entitled to compensation. This is consistent with the conditions for municipal repeal of vested rights; see *Rogers, supra*, vol. 1, at para. 83.23.

La conclusion que la clause implicite n'est pas contraire à l'ordre public est conforme à la façon moderne d'aborder la responsabilité de l'État pour inexécution de contrat, que notre Cour a récemment énoncée dans l'arrêt *Wells*, précité. Je ne saurais convenir avec mon collègue que la situation en l'espèce peut être distinguée de celle qui existait dans l'affaire *Wells*, du fait que l'accord-cadre n'est pas un contrat commercial semblable à celui dont il était question dans cette affaire. La création artificielle de catégories de contrats commerciaux est injustifiée et impraticable. Dans l'arrêt *Wells*, notre Cour a reconnu que le gouvernement ne pouvait pas se dégager aisément de sa responsabilité pour inexécution de contrat. Ainsi, *Wells*, qui avait été commissaire au sein de la Public Utilities Board jusqu'à ce qu'il perde son emploi à la suite d'une restructuration gouvernementale, avait droit à des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. Notre conclusion que le gouvernement de Terre-Neuve avait le pouvoir de restructurer la commission ne signifiait pas que la législature pouvait agir impunément. Nous avons plutôt dit que, pour éviter les conséquences juridiques de l'inexécution d'un contrat, le gouvernement devait utiliser dans la loi des termes clairs et explicites pour éteindre des droits antérieurement conférés à une personne. La loi adoptée n'avait pas retiré à *Wells* le droit de réclamer des dommages-intérêts pour l'inexécution en cause, de sorte qu'il avait droit à une indemnité. Cela est compatible avec les conditions que la municipalité doit remplir pour supprimer des droits acquis; voir *Rogers, op. cit.*, vol. 1, au par. 83.23.

¹²⁰ *Wells* identifies important matters of policy fundamental to the analysis of the City's liability in this case. At para. 46, the Court recognized that in "a nation governed by the rule of law, we assume that the government will honour its obligations unless it explicitly exercises its power not to". This

L'arrêt *Wells* relève d'importantes questions d'ordre public qui sont essentielles à l'analyse de la responsabilité de la Ville en l'espèce. Au paragraphe 46, notre Cour a reconnu que, dans «un pays régi par la primauté du droit, nous présumons que le gouvernement respectera ses obligations, à

reasoning applies equally here. The City argued that by passing the down-zoning by-law and by completing the public hearings necessary to it, it “explicitly exercise[d] its power” not to honour its obligation. However, this argument suffers from the same weakness apparent in *Wells*: although the government may act in a given manner, it is not relieved of financial liability for the consequences of its breach. Paragraph 35 of *Wells* demonstrates the direct parallel with the instant appeal:

While both the Crown and the respondent knew that the Board could be altered or eliminated by legislative action [just as both the City and PNI knew that the City could down-zone], there is no indication that this was understood to jeopardize the respondent’s financial security.

Wells is strong recent support for PNI’s position. The important policy considerations eloquently expressed by Major J. in *Wells*, at para. 46, should be honoured here:

In the absence of a clear express intent to abrogate rights and obligations — rights of the highest importance to the individual — those rights remain in force. To argue the opposite is to say that the government is bound only by its whim, not its word. In Canada this is unacceptable, and does not accord with the nation’s understanding of the relationship between the state and its citizens.

Contrary to my colleague’s assertion, a multitude of policy considerations make it clear that a municipality should be held liable for damages where its council acts in conflict with a contract entered into by a previous council. The issue in this case is whether the City breached an implied term of a development contract, but the question applies equally to all contracts entered into by the City. Most council decisions have financial

implications which could be argued to indirectly fetter future councils.

moins qu’il n’exerce expressément son pouvoir de ne pas le faire». Ce raisonnement s’applique également en l’espèce. La Ville a prétendu qu’en adoptant le règlement modifiant le zonage et en tenant les audiences publiques nécessaires à cet égard, elle avait «exerc[é] expressément son pouvoir» de ne pas respecter son obligation. Cet argument comporte la même lacune que celle qui ressort de l’arrêt *Wells*: même si le gouvernement peut agir d’une manière donnée, il n’échappe pas à toute responsabilité financière pour les conséquences de son manquement. Le paragraphe 35 de l’arrêt *Wells* illustre le parallèle direct qui existe avec le présent pourvoi:

Même si la Couronne et l’intimé savaient tous les deux qu’une intervention législative pouvait modifier ou éliminer la Commission [tout comme la Ville et la PNI savaient que la Ville pouvait modifier le zonage], rien n’indique que cela était considéré comme compromettant la sécurité financière de l’intimé.

L’arrêt récent *Wells* appuie fortement la position de la PNI. Il y a lieu d’appliquer, en l’espèce, les importantes considérations d’ordre public que le juge Major a exposées de façon éloquente au par. 46 de l’arrêt *Wells*:

Faute d’une intention expresse et claire d’abroger des droits et des obligations — droits de la plus haute importance pour l’individu — ces droits demeurent en vigueur. Prétendre le contraire signifierait que le gouvernement n’est lié que par son caprice, non par sa parole. Au Canada, cela est inacceptable et ne concorde pas avec la façon dont on envisage la relation entre l’État et ses citoyens.

Contrairement à l’affirmation de mon collègue, une multitude de considérations d’ordre public font clairement ressortir qu’une municipalité devrait être tenue responsable des dommages qui résultent lorsque son conseil agit contrairement aux clauses d’un contrat conclu par un conseil antérieur. En l’espèce, la question est de savoir si la Ville a contrevenu à une clause implicite d’un contrat d’aménagement, mais cette question s’applique également à tous les contrats conclus par la Ville. La plupart des décisions du conseil ont des conséquences financières qui, pourrait-on prétendre, entravent indirectement le pouvoir des futurs conseils.

123 It is quite apparent that requiring a municipal council to consider its contractual obligations does not violate public policy but promotes the public interest. Contracts entered into by a municipality should serve as checks on the exercise of legislative discretion. Councils are free to legislate as they like, but they cannot ignore the contractual obligations that they owe (*Wells, supra*). Having such an indirect fetter does not subject the municipal legislative process to undue influence or embarrassment. Moreover, the public policy of society is reflected in its statutes (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (3rd ed. 1993), at para. 554); hence, where a municipality enters a contract that is *intra vires*, the court must act cautiously before invalidating a term on the basis of public policy. The scope of the doctrine must be constrained, since, after all, “most governmental functions are performed under statutory powers”. Moreover, “[t]he Crown benefits no less than private persons from the principle that contractual undertakings should be reliable” (P. W. Hogg, *Liability of the Crown* (2nd ed. 1989), at p. 171). If municipalities are not held to their contractual obligations, their impaired credit would cause them to pay higher prices for everything obtained by contract.

Il est évident qu'exiger qu'un conseil municipal tienne compte de ses obligations contractuelles n'est pas contraire à l'ordre public, mais favorise l'intérêt public. Les contrats conclus par une municipalité devraient servir à freiner l'exercice du pouvoir discrétionnaire de réglementation. Les conseils sont libres d'adopter les règlements qu'ils veulent, mais ils ne sauraient faire fi des obligations contractuelles qui leur incombent (*Wells, pré-cité*). Une telle entrave indirecte n'expose pas le processus municipal de réglementation à une influence ou à une charge indue. De plus, la politique officielle d'une société se reflète dans ses lois (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (3^e éd. 1993), au par. 554); par conséquent, lorsqu'une municipalité conclut un contrat *intra vires*, la cour doit agir avec prudence avant d'en invalider une clause pour des raisons d'ordre public. La portée de la règle doit être restreinte étant donné qu'après tout [TRADUCTION] «la plupart des fonctions gouvernementales sont exercées en vertu de pouvoirs conférés par la loi». De plus, [TRADUCTION] «[l']État ne bénéficie pas moins que les particuliers du principe selon lequel les engagements contractuels doivent être fiables» (P. W. Hogg, *Liability of the Crown* (2^e éd. 1989), à la p. 171). Si les municipalités ne sont pas tenues de respecter leurs obligations contractuelles, leur crédibilité amoindrie les forcera à payer un prix plus élevé pour tout ce qu'elles obtiennent par contrat.

124 My colleague argues that a council's decision to rezone should not be subject to “considerations other than an objective examination of what is best for the community” (para. 64). In my view, where the City has entered a contract and received consideration, the “community” includes the holder of that contract. The vested rights of that individual cannot be ignored. It is disingenuous to argue that this contract was breached in the public interest, because, as pointed out in the hearing, it will always be in the community interest to get something, in this case \$2.5 million worth of amenities, for nothing. Like Professor Hogg, I believe the public purse should bear the cost of a change in public policy. There is no justification for a special public law of contract (*Hogg, supra*, at pp. 171-72).

Mon collègue prétend que la décision d'un conseil de modifier le zonage ne doit pas dépendre de «considérations autres que l'examen objectif du meilleur intérêt de la collectivité» (par. 64). Selon moi, lorsque la Ville a conclu un contrat et reçu une contrepartie, la «collectivité» inclut le titulaire de ce contrat. On ne peut pas faire fi des droits acquis de cette personne. On ne peut pas sincèrement prétendre que ce contrat a été violé dans l'intérêt public, puisque, comme on l'a souligné à l'audience, il sera toujours dans l'intérêt de la collectivité d'obtenir quelque chose, en l'espèce des installations de 2,5 millions de dollars, sans contrepartie. À l'instar du professeur Hogg, j'estime qu'il appartient au trésor public de supporter le coût d'un changement de politique officielle. Rien ne justifie l'existence d'un droit public particulier

In contrast to my colleague, at para. 68 of his reasons, I do not think it is good policy to include the risk of the unilateral cancellation of contracts without compensation, under the guise of the public interest, as one of the “special legal and political risks” developers must assume in dealing with municipalities. Further, I am not persuaded that the consideration of “faith and trust between the public and private sectors” will curb the exercise of this power by municipalities. Certainly, the facts of this case demonstrate otherwise; see also *First City, supra*.

To summarize, it is sound policy to allow municipalities to enter complex, long-term development contracts which provide developers with a promise that existing zoning will continue for a period sufficient to allow for development. The power to contract with developers and provide enforceable guarantees in return for the provision of infrastructure and amenities is indispensable to the operation and growth of municipalities. This was recognized in *First City, supra*, where Craig J. found that an agreement between Durham and a developer was not contrary to public policy as, *inter alia*, “[t]he region had decided that as a matter of good planning, and for its own protection financially, that it was in the public interest” (p. 270).

I should note in passing that the doctrine that the Crown may not enter into a contract that might fetter future councils has been criticized in the literature. In describing it as “intolerably vague”, Hogg points out, at p. 171, that the doctrine unfairly provides the Crown with a means of escape from many of its seemingly straightforward contractual obligations: “Since there is no breach of contract, no damages have to be paid to the private contracting party. This seems grossly unfair to the private contractor, who is forced to bear the cost of a change in public policy that ought to be paid for by

en matière de contrats (Hogg, *op. cit.*, aux pp. 171 et 172).

Contrairement à ce qu'affirme mon collègue au par. 68 de ses motifs, je n'estime pas qu'il est dans l'intérêt public de faire du risque de résiliation unilatérale des contrats sans compensation l'un des «risques particuliers [...] sur les plans juridique et politique» que les promoteurs immobiliers doivent assumer lorsqu'ils traitent avec des municipalités. En outre, je ne suis pas convaincu que le fait de tenir compte de la [TRADUCTION] «confiance entre le secteur public et le secteur privé» restreigne l'exercice de ce pouvoir par les municipalités. Il ne fait aucun doute que les faits de la présente affaire démontrent le contraire; voir également la décision *First City*, précitée.

En résumé, il convient de permettre aux municipalités de conclure des contrats complexes d'aménagement à long terme, dans lesquels elles promettent à des promoteurs immobiliers que le zonage existant sera maintenu pendant une période suffisante pour permettre l'aménagement. Le pouvoir de contracter avec des promoteurs immobiliers et de fournir des garanties exécutoires en contrepartie d'infrastructures et d'améliorations est indispensable au fonctionnement et à la croissance des municipalités. Cela a été reconnu dans la décision *First City*, précitée, où le juge Craig a décidé qu'un contrat conclu entre Durham et un promoteur n'était pas contraire à l'ordre public étant donné, notamment, que [TRADUCTION] «[l]a région avait décidé que, pour des raisons de saine planification et pour sa propre protection financière, cela était conforme à l'intérêt public» (p. 270).

Je tiens à faire remarquer en passant que la règle selon laquelle l'État ne peut pas conclure un contrat susceptible d'entraver les futurs conseils a été critiquée dans la doctrine. En la qualifiant comme étant [TRADUCTION] «d'une imprécision insoutenable», Hogg souligne, à la p. 171, que cette règle fournit injustement à l'État un moyen de se libérer d'un bon nombre des obligations contractuelles qui semblent lui incomber directement: [TRADUCTION] «Vu qu'il n'y a aucune inexécution de contrat, la partie privée contractante n'a pas droit à des dommages-intérêts. Cela semble extrêmement

125

126

127

the [public body].” In this case, there is no direct fettering of the municipality’s legislative power and there is no reason to fear that the duty to pay damages will affect in a detrimental way the public interest in preserving the legislative independence of all municipal governments.

128

Finally, a review of the myriad of lower court decisions raised in this case, which are based on their specific factual and statutory context, does not sway support to the City’s position. As Smith J.A. noted in dissent in *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District, supra*, at p. 710, “old authorities should be applied with caution . . . objections, often technical, should not be raised in frustration of reasonable measures taken for the City’s development”. In any event, many of the cases support PNI’s position. In *Lawrason v. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22, the court held that “a municipal council of one year is not bound by the contract of the same council in a previous year is a proposition which has no merit but that of novelty” (p. 23). Further, in *Muskoka Mall Ltd. v. Town of Huntsville* (1977), 3 M.P.L.R. 279 (Ont. H.C.), it was held that the municipality was bound by a development agreement and could not repudiate it by repealing the zoning by-law permitting the development. A municipality must respect vested rights acquired under a valid agreement with it, particularly if the other party to the agreement has changed its position on the strength of the contract. Moreover, *Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge* (1982), 135 D.L.R. (3d) 58 (Ont. Div. Ct.), aff’d (1983), 146 D.L.R. (3d) 768 (Ont. C.A.), supports the view that the indirect fettering of legislative discretion by the potential liability for damages is permissible. As long as the original decision to

enter the contract is valid, as here, there is nothing illegal or contrary to public policy.

injuste pour l’entrepreneur privé qui se voit forcé d’assumer le coût d’un changement de politique officielle qui devrait être assumé par l’[organisme public].» En l’espèce, il n’y a aucune entrave directe au pouvoir de réglementation de la municipalité et il n’y aucune raison de craindre que l’obligation de verser des dommages-intérêts n’ait une incidence négative sur l’intérêt du public dans le maintien de l’indépendance de toutes les administrations municipales sur le plan de la réglementation.

Enfin, l’examen de la multitude de décisions des tribunaux d’instance inférieure invoquées en l’espèce, qui sont fondées sur leur contexte factuel et législatif particulier, n’étaye aucunement la position de la Ville. Comme le juge Smith, dissident, l’a souligné dans l’arrêt *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, précité, à la p. 710, les [TRADUCTION] «décisions anciennes doivent être appliquées avec prudence [...] des objections, souvent techniques, ne doivent pas être soulevées à l’encontre de mesures raisonnables prises pour l’aménagement de la Ville». De toute manière, plusieurs de ces décisions appuient la position de la PNI. Dans *Lawrason c. Town of Dundas* (1920), 18 O.W.N. 22, la cour a conclu que [TRADUCTION] «la proposition selon laquelle, au cours d’une année, le conseil municipal n’est pas lié par le contrat qu’il a lui-même conclu au cours d’une année antérieure n’a de qualité que celle d’être novatrice» (p. 23). En outre, dans *Muskoka Mall Ltd. c. Town of Huntsville* (1977), 3 M.P.L.R. 279 (H.C. Ont.), il a été conclu que la municipalité était liée par un contrat d’aménagement et qu’elle ne pouvait pas le répudier en abrogeant le règlement de zonage qui permettait l’aménagement. Une municipalité doit respecter les droits acquis en vertu d’un contrat validement conclu avec elle, surtout si l’autre partie contractante a modifié sa position sur la foi du contrat. De plus, la décision *Re Galt-Canadian Woodworking Machinery Ltd. and City of Cambridge* (1982), 135 D.L.R. (3d) 58 (C. div. Ont.), conf. par (1983), 146 D.L.R. (3d) 768 (C.A. Ont.), appuie l’opinion que l’entrave indirecte au pouvoir de réglementation discrétionnaire, qui résulte de la possibilité de devoir verser des dommages-intérêts, est permise.

In light of the above analysis, I conclude that the implied term does not offend against public policy.

Disposition

For the above reasons, I conclude that the implied term is not *ultra vires* or contrary to public policy. I would allow the appeal with costs and remit the matter to the trial judge, to decide the quantum of damages for breach of contract. As mentioned earlier in these reasons, I would dismiss the cross-appeal.

Appeal dismissed with costs, MAJOR, BASTARACHE and BINNIE JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Cox, Taylor, Victoria.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Staples McDannold Stewart, Victoria.

Dans la mesure où la décision initiale de conclure le contrat est valide, comme c'est le cas en l'espèce, il n'y a rien d'illégal ou de contraire à l'ordre public.

À la lumière de l'analyse qui précède, je conclus que la clause implicite ne va pas à l'encontre de l'ordre public.¹²⁹

Dispositif

Pour les motifs susmentionnés, je conclus que la clause implicite n'est ni *ultra vires* ni contraire à l'ordre public. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi principal avec dépens et de renvoyer l'affaire au juge de première instance pour qu'il décide du montant de dommages-intérêts à accorder en raison de l'inexécution du contrat. Comme je l'ai déjà indiqué dans les présents motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident.

Pourvoi principal rejeté avec dépens, les juges MAJOR, BASTARACHE et BINNIE sont dissidents. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident: Cox, Taylor, Victoria.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident: Staples McDannold Stewart, Victoria.

129

130

Tab 16

2009 CarswellOnt 1490
Ontario Superior Court of Justice

Jackson v. Vaughan (City)

2009 CarswellOnt 1490, [2009] O.J. No. 1057,
176 A.C.W.S. (3d) 384, 59 M.P.L.R. (4th) 55

**Linda D. Jackson, Applicant and The Corporation
of the City of Vaughan, LECG Canada Ltd.,
Ken Froese and Timothy Wilkin, Respondents**

Lauwers J.

Heard: October 2, 2008; January 12, 2009

Judgment: March 11, 2009

Docket: NEW-CV-08-091028

Counsel: Morris Manning, Q.C., Timothy J. Riddell, for Applicant
Ian J. Lord, for Respondents, Corporation of the City of Vaughan, Timothy Wilkin
Sarah J. Erskine, Robert Rueter, for Respondents, LECG Canada, Ken Froese

Subject: Constitutional; Public; Property; Civil Practice and Procedure; Municipal; Human Rights

APPLICATION by successful mayoral candidate for order quashing by-laws authorizing and confirming taking of proceedings against her for breach of election campaign finance rules under *Municipal Elections Act, 1996*.

Lauwers J.:

I. Overview

1 The Applicant, Linda D. Jackson, was elected as the Mayor of the City of Vaughan on November 13, 2006. She won by 90 votes.¹

2 Two residents of the City of Vaughan, Quintino Mastrogisepppe (Mastrogisepppe) and Gino Ruffolo (Ruffolo), brought an application under ss. 81 (1) and (2) of the *Municipal Elections Act, 1996*, S.O. 1996, c. 32, as amended (the "MEA" or the "Act"), seeking a compliance audit of the Applicant's election campaign finances. "When the City declined, the complainants appealed under s. 81 (3.3) of the *Act*. On February 19, 2008, Justice L. Favret (Ontario Court of Justice) directed the City to appoint an auditor "to conduct a compliance

audit for the period in the Statement and Report ... following which the auditor will report as required pursuant to s.81(7) of the Act". (para. 73)

3 The audit identified numerous "apparent contraventions" of the election campaign financing rules under the *Act*.

4 On June 24, 2008, the Council of the City of Vaughan approved the laying of charges against Ms. Jackson for "numerous apparent contraventions" of the *Act* and retained Timothy J. Wilkin as prosecutor.

5 Ms. Jackson asks this Court to quash both the authorizing By-law 205-2008 and confirming By-law 228-2008 under s. 273 of the *Municipal Act, 2001*, S.O. 2001, c. 25, calling in aid s. 24(1) and s. 52 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. She thereby seeks to avoid the prosecution.²

6 For the reasons set out below, I decline to quash the By-laws. The Ontario Court of Justice judge who hears the ultimate charges will have the task of hearing the evidence, considering the proof offered by the prosecutor, and any defences Ms. Jackson may choose to raise. It is not my task to determine matters of guilt or innocence, only whether there is a legal impediment to the prosecution rooted in the numerous grounds raised by Ms. Jackson including the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I have concluded that there is no such impediment at this time.

7 Mr. Manning, on behalf of Ms. Jackson, made submissions on four main issues.

Issue One: Section 81 of the MEA offends the Rule of Law and s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that it is impermissibly vague and does not limit enforcement discretion.

I find that s. 81 of the MEA and its other relevant provisions are not impermissibly vague. The statutory terms, the structure of the compliance audit and the prosecution, the ordinary principles of administrative law that apply to municipalities and the terms of the City's by-laws properly limit enforcement discretion. This argument has no merit.

Issue two: The nature of the audit in s. 81 (6) directed toward apparent contraventions of the MEA and the requirement and inspection powers granted to an auditor under s. 81 (8) of the MEA breached the Applicant's right against self-incrimination contrary to s. 7 of the *Charter*.

I find that the audit/prosecution process under s. 81 of the MEA does not engage the protections in s. 7 of the *Charter*. The interests affected are not understood by the law to constitute a protected aspect of "life, liberty and security of the person." The audit/

prosecution process does not have the predominant purpose of determining penal liability, and that the disclosure obligations do not violate the protection against self-incrimination under s. 7 of the *Charter*. I also find, however, that the use of the auditor's powers respecting the Applicant personally after the City's decision to prosecute would violate the Applicant's *Charter* rights.

Issue three: The acts of the Council of the City of Vaughan were so markedly inconsistent with the relevant legislative context that they amounted to bad faith.

This amounted to an invitation to find that City Council was biased against Ms. Jackson. I decline the invitation. While there are differences between the compliance audit report about Ms. Jackson and the report about Councillor Joyce Frustaglio, neither the differences nor the complaints are significant. They do not lead me to conclude that the auditors were biased against Ms. Jackson or biased in favour of Ms. Frustaglio. The facts and circumstances concerning each campaign were different and the differences are fairly reflected in the compliance audit reports. Ms. Jackson has not proven the existence of bias on the part of City Council, so it cannot form a support for her argument that it acted in bad faith. I also find that the evidence does not support the Applicant's allegations of capricious behaviour, corrupt motivation, bias, bad faith or otherwise unlawful action, response or purpose on the part of City Council.

Issue four: By-Law 205-2008, which authorized the prosecution, and confirming By-law 228-2008 are illegal and ultra vires the Council on municipal law grounds.

I find that the by-laws are not illegal on municipal law grounds. In particular, I find that the allegation that Council erroneously believed it was obligated to commence legal proceedings against Ms. Jackson is not proven.

8 Virtually all of the complaints made by Ms. Jackson about the MEA, its interpretation and the acceptability of the process followed by City Council could have been raised in the defence of the prosecution at trial; they can be reasserted in the defence, except for those foreclosed by this decision.³

9 Each of these grounds and the plethora of subsidiary grounds advanced by Ms. Jackson will be addressed in detail below after the facts and the statutory context are described. In his arguments on behalf of Ms. Jackson, Mr. Manning took a scattershot approach; addressing these arguments systematically makes these reasons regrettably lengthy.

1. The Relief Sought — Details

10 In the amended Notice of Application, under which the argument proceeded on consent, Ms. Jackson seeks an order:

- a) Quashing By-Law 205-2008;
- b) Declaring the appointment of Ken Froese and LECG Canada Ltd. [to conduct the Compliance Audit] to be null and void;
- c) Prohibiting Ken Froese and LECG Canada Ltd. from continuing their alleged investigation concerning alleged contraventions by the Applicant of the *Municipal Elections Act, 1996*;
- d) Declaring the appointment of Timothy J. Wilkin [as prosecutor] null and void;
- e) Prohibiting Timothy J. Wilkin from acting pursuant to By-Law 205-2008 passed by the Council of the City of Vaughan and in particular from laying any charges against Linda D. Jackson in relation to any alleged contraventions against the *Municipal Elections Act 1996*;
- f) Declaring s. 81 of the *Municipal Elections Act, 1996*, to be in breach of:
 - i) section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,
 - ii) the rule of law as protected by the preamble to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Constitution Act, 1867*, and therefore
 - iii) of no force or effect pursuant to s. 52 (1) of the *Constitution Act, 1982*;
- g) Quashing By-Law 228-2008 passed by the Council of Vaughan on September 8, 2008.

II. The Facts

11 The following facts, taken largely from the Affidavits of the Applicant, appear to be either agreed upon among the parties or not disputed:

- a) the Applicant was elected to the office of Mayor of the City of Vaughan on November 13, 2006;
- b) on May 14, 2007, two residents of the City of Vaughan, Quintino Mastrogiseppi (Mastrogiseppi) and Gino Ruffolo (Ruffolo), brought an application to John Leach, City Clerk, pursuant to ss. 81 (1) and (2) of the *Act*, seeking a compliance audit of the Applicant's election campaign finances for the election. That application claimed that there were reasonable grounds to believe the Applicant had contravened a provision of that *Act* relating to election campaign finances. That application was based on the Applicant's financial statement and auditor's report dated April 2, 2007, for the period ending December 31, 2006;

- c) on May 22, 2007, the Council of the City of Vaughan deferred consideration of the application;
- d) on June 6, 2007, Mastroguseppe and Ruffolo appealed under s. 81 (3.3) of the *Act* to the Ontario Court of Justice on the basis that the Council had no jurisdiction to defer the hearing of the application;
- e) Council argued that the application for the compliance audit was premature since Ms. Jackson had, by notice under s. 68 (1)(5) of the *Act*, extended her campaign period, which allowed the supplementary reporting period ending December 31, 2007, to come into effect;
- f) on February 19, 2008, Justice Favret allowed the appeal and ordered a compliance audit pursuant to s. 81 of the *Act* for the period in the financial statement and audit report, being April 6, 2006, to December 31, 2006;
- g) on March 28, 2008, the City Clerk's Department received a second application by Mastroguseppe and Ruffolo for a compliance audit of the Applicant's election campaign finances respecting campaign finances within the initial reporting period as well as finances during the supplementary reporting period.
- h) on March 31, 2008, Council confirmed the appointment of Ken Froese and Glen R. Davison, C.A., of LECG Canada Ltd., to conduct the first compliance audit of the campaign expenses for the 2006 municipal election for the period of April 6, 2006, to December 31, 2006, and directed that a second compliance audit for the period from April 6, 2006, to December 31, 2007, be combined with the earlier audit process ordered by Justice Favret;
- i) on June 18, 2008, Council received the compliance audit report regarding the campaign finances of the Applicant for both periods;
- j) at its regularly scheduled meeting on June 23, 2008, Council moved to schedule a special meeting for June 24, 2008, for the purpose of dealing with the compliance audit report, that the requirements for forty-eight hours notice be waived and that Timothy Wilkin be retained to provide legal advice to Council regarding the report;
- k) on June 24, 2008, Council resolved into Committee of the Whole (Closed Session) for the purpose of receiving legal advice from Mr. Wilkin. After reconvening into a public session, Council passed By-law No. 205-2008 retaining Mr. Wilkin as prosecutor and instructing him to prosecute Ms. Jackson for breaches of the Municipal Elections Act.
- l) on September 8, 2008, after this application had been served and filed, City Council passed By-Law Number 228-2008, which "adopted, confirmed and ratified ... as having

been duly made by the Council, including, without limiting the generality of the foregoing, the decisions made at the meetings of the Council," up to that point related to the matter.

m) on September 12, 2008, the auditor served a Summons on Blair McCreadie, counsel for the Applicant, and Mario Campese, the Applicant's campaign manager, pursuant to the *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1990, c. P.41, purportedly in connection with the compliance audit, which were returnable September 29 and September 30, 2008. They were placed in abeyance pending the outcome of this application.

1. The Compliance Audit Report

12 The compliance audit report was comprehensive in detailing the apparent contraventions. It was neutrally framed and factual. It listed a range of contraventions from relatively significant apparent contraventions such as excess campaign spending to relatively insignificant ones such as missing postal codes on the addresses of some contributors contrary to the requirements for the financial statements set out in the prescribed form. As listed in the executive summary:

- Ms. Jackson had a campaign spending limit of \$120,419.00 under s. 76 (4) of the *Act*, but spent \$12,356.00 more than the limit;
- There were a number of apparent contraventions of the *Act* in relation to contributions including the receipt of cash in excess of the \$25.00 limit set out in s. 70 (8) of the *Act*; instances of contributors contributing more than \$750.00 contrary to s. 71 (1) of the *Act*; a number of instances of contributions in excess of \$750.00 from companies or associated groups of companies that were not returned to contributors contrary to s. 69 (1)(m) of the *Act*; a number of instances of contributions being returned months after the filing of the 2006 financial statement and not as soon as possible after the candidate became aware of the contravention, contrary to s. 69 (1)(m) of the *Act*; and a number of instances of contributions being recorded in the name of partnerships and not in the names of individual contributors;
- In the area of expenses, the report set out thirteen apparent contraventions in which the cost of certain items was omitted or possibly understated;
- In the area of financial reporting, seven apparent contraventions were identified.

III. The Statutory Context

13 The rules regarding elections are set out in the MEA. The determination of the issues in this matter requires that the *Act* be construed. I am guided in that task by the decision of

the Ontario Court of Appeal in *Kerr v. Danier Leather Inc.* (2005), 77 O.R. (3d) 321 (Ont. C.A.), aff'd [2007] 2 S.C.R. 331 (S.C.C.). At paras. 82-85, the court held:

Section 130 [of the *Securities Act*] should be interpreted by applying Professor Driedger's "modern approach" to statutory interpretation, the approach consistently preferred by the Supreme Court of Canada:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

See Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983) at 87 ("Driedger"), approved in, for example, ... [Internal citations omitted]

This modern approach has two aspects. One aspect is that context matters. The court must interpret s. 130, not as a stand-alone provision, but in its total context. In *Bell ExpressVu* at para. 27, Iacobucci J. stressed the importance of context in interpreting the words of a statute:

The preferred approach recognizes the important role that context must inevitably play when a court construes the written words of a statute: as Professor John Willis incisively noted in his seminal article "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 Can. Bar Rev. 1 at p. 6, "words, like people, take their colour from their surroundings."

The context for interpreting s. 130 includes its purpose, the purpose of the OSA as a whole, an issuer's express disclosure obligations in Part XV of the statute, and related provisions of the OSA dealing with disclosure of material facts and material changes.

The second aspect of this modern approach imports the sound advice of Professor Ruth Sullivan, who has edited the third and fourth editions of Driedger. In interpreting a statutory provision, the court should take account of all relevant and admissible indicators of legislative meaning. After taking these indicators into account, the court should adopt an interpretation that complies with the legislative text, promotes the legislative purpose, and produces a reasonable and sensible meaning.... [Internal citations omitted]

14 The court is directed by these principles to take a purposive approach and to consider s. 81 of the MEA not in a vacuum, but in the context of the statute as a whole, especially in view of s. 81 (6), which points expressly to "the provisions of this Act relating to election campaign finances." The court may also consider ancillary material such as the regulations under the *Act*, prescribed reporting forms and the related publication of the Ministry of Municipal

Affairs and Housing available on the website, entitled the "Municipal Elections 2006 Guide". The latter is a plain language guide for candidates and voters. It does not have the force of law: *Rayside v. Toronto (City) Commission on Election Finances* (1992), 10 O.R. (3d) 287 (Ont. Div. Ct.).

15 Courts and commentators have discussed the purposes of election campaign funding rules. J. Patrick Boyer commented in *Local Elections in Canada: The Law Governing Elections of Municipal Councils, School Boards and Other Local Authorities* (Toronto: Butterworths, 1988) at 18:

Campaign costs have been mounting in recent years, and electors and elected people alike have become concerned that campaign financing be as open, fair, and as broadly based as possible. This represents nothing more than a recognition of the importance and pervasiveness of modern government and the attendant need to ensure that the campaigns of candidates reflect general rather than specific interests in society.

16 In *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912 (S.C.C.), the Supreme Court noted at para. 72 that: "Electoral financing is an integral component of that process, and thus it is of great importance that the integrity of the electoral financing regime be preserved."

17 In *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 S.C.R. 569 (S.C.C.), the Court held at para. 47:

To ensure a right of equal participation in democratic government, laws limiting spending are needed to preserve the equality of democratic rights and ensure that one person's exercise of the freedom to spend does not hinder the communication opportunities of others. Owing to the competitive nature of elections, such spending limits are necessary to prevent the most affluent from monopolizing election discourse and consequently depriving their opponents of a reasonable opportunity to speak and be heard.

18 In *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827 (S.C.C.), the Court held at para. 103:

Maintaining confidence in the electoral process is essential to preserve the integrity of the electoral system which is the cornerstone of Canadian democracy. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136, Dickson C.J. concluded that faith in social and political institutions, which enhance the participation of individuals and groups in society, is of central importance in a free and democratic society. If Canadians lack confidence in the electoral system, they will be discouraged from participating in a meaningful way in the

electoral process. More importantly, they will lack faith in their elected representatives. Confidence in the electoral process is, therefore, a pressing and substantial objective.

19 These principles apply with necessary modifications to municipal campaign funding.

1. The Municipal Elections Act

20 It is important to note that the MEA creates two classes or categories of contraventions. The more serious contraventions are called "corrupt practices" and the less serious relate to election campaign finances. Ms. Jackson is now facing possible charges only in respect of the latter.

(a) Corrupt Practices

21 Corrupt practices, which are not the subject of this application, are described in ss. 89-91 of the *Act*. Depending on the nature of the offence, s. 90 imposes fines and imprisonment at various levels. The offence of bribery to secure a vote, for example, exposes the person who is convicted of the offence to "a fine of not more than \$5,000, or to imprisonment for not more than 6 months, or to both, and is disqualified from voting at an election until the fourth anniversary of voting day," under s. 90(2). The conviction of a candidate carries the additional penalty of forfeiture of office, and, unless the presiding judge finds that the candidate lacked "any intent of causing or contributing to a false outcome of the election," conviction disqualifies the candidate from running again for six years, under s. 91.

(b) Contraventions of Election Campaign Finance Rules

22 The quasi-criminal treatment of corrupt practices can be usefully contrasted with the treatment of contraventions of the election campaign finance rules that are set out in ss. 66-79. Section 80 imposes specific penalties on the candidate which may include loss of pay, forfeiture of office, and ineligibility for election until the next regular election has taken place:

80. (1) A candidate is subject to the penalties listed in subsection (2), in addition to any other penalty that may be imposed under this Act, if,

- a) he or she fails to file a document as required under section 78 by the relevant date;
- b) a document filed under section 78 shows on its face a surplus, as described in section 79, and the candidate fails to pay the amount required by section 79 to the clerk by the relevant date; or
- c) a document filed under section 78 shows on its face that the candidate has incurred expenses exceeding what is permitted under section 76.

(2) The following penalties apply:

- a. In the case of the defaults described in clauses (1) (b) and (c),
 - i. the candidate forfeits any office to which he or she was elected and the office shall be deemed to be vacant,
 - ii. until the next regular election has taken place, the candidate is ineligible to be elected or appointed to any office to which this Act applies.
- b. In the case of the defaults described in clause (1) (a), the candidate is suspended without pay from any office to which he or she was elected until the document is filed and subparagraphs 1 i and ii apply if the candidate has not filed the document within 91 days after the last day the document was required to be filed under section 78.

23 A candidate may be subject to the penalties referred to in s. 80 (2), but s. 92 (6) has a saving provision:

92 (6) However, if the presiding judge finds that the candidate, acting in good faith, committed the offence inadvertently or because of an error in judgment, the penalties described in paragraph 1 of subsection 80 (2) do not apply.

24 In addition, under s. 92 certain contraventions of ss. 69, 70, or 73-79 can be prosecuted as provincial offences, which exposes an individual to a fine of not more than \$5,000.

25 The important distinction for the purposes of the constitutional analysis is that, in contrast to corrupt practices, election campaign finance offences do not attract imprisonment as a possible penalty.

(c) The Election Campaign Finance Rules

26 The rules on election campaign finances rely heavily on the candidate's competence and honesty. The system works on self-reporting. Section 78 of the MEA requires a candidate to file a financial statement accompanied by an auditor's report, each in the prescribed form, and to file a supplementary financial statement where necessary. It is worth noting that in each municipal and school board election in Ontario literally hundreds of candidates are obliged to complete and submit these documents and appear to do so without difficulty.

27 Section 69 (1) (m)-(o) obliges a candidate to return a non-compliant campaign contribution to the contributor "as soon as possible after the candidate becomes aware of the contravention" or to the clerk. Under s. 79, a candidate is obliged to pay a surplus to the clerk. Under s. 80, the clerk is obliged to monitor compliance and to send a notice of default

to the candidate where the defaults are plain in the financial reports or where the reports have not been filed as required under the *Act*.

(d) *Overview of the Statutory Audit Compliance/ Prosecution Process*

28 There are five stages or "checks" in the legislative scheme. First, under s. 81 (3) of the *Act*, Council is obliged to "consider the application" of an elector for a compliance audit under s. 81 (1) of the *Act*. As the cases note, this is a control mechanism intended to prevent frivolous and vexatious applications. There must be "reasonable grounds". The application is received by municipal council as a public document and placed on the agenda. Subsection 81 (11) discourages frivolous applications by exposing the Applicant to being required to pay the auditor's costs if the compliance audit report notes that there was "no apparent contravention" and council "finds that there were no reasonable grounds for the application".

29 The second stage or "check" is that an applicant whose application is refused by Council can appeal to a judge of the OCJ under s. 81 (3.3). In this case when Vaughan Council deferred the application, the complainants appealed and Justice Favret ordered the compliance audit.

30 The third stage or "check" is in the form of the independent audit required under s. 81 (4). This is to be conducted by an independent auditor licensed under the *Public Accounting Act, 2004* (s. 81 (5)) and the directions to the auditor are clear and distinct under s. 81 (6). The auditor's powers are set out under the MEA in s. 81 (8).

31 The fourth stage or "check" is Council's consideration of the compliance audit report under s. 81 (10) and its decision to commence a legal proceeding for "any apparent contravention". The decision of Council must be made in accordance with the ordinary principles of administrative law and is amenable to some form of judicial review.

32 The fifth stage or "check" is the prosecution itself, in which the candidate has full natural justice protections and *Charter* rights.⁴

(e) *The Audit Function*

33 Section 81 of the MEA is part of the enforcement mechanism, and exposes the candidate to the possibility of an audit:

81. (1) An elector who is entitled to vote in an election and believes on reasonable grounds that a candidate has contravened a provision of this Act relating to election campaign finances may apply for a compliance audit of the candidate's election campaign finances.

(2) The application shall be made to the clerk of the municipality or the secretary of the local board for which the candidate was nominated for office, within 90 days

after the later of the filing date, the candidate's last supplementary filing date, if any, or the end of the candidate's extension for filing granted under subsection 80 (6), if any; it shall be in writing and shall set out the reasons for the elector's belief.

(3) Within 30 days after receiving the application, the council or local board, as the case may be, shall consider the application and decide whether it should be granted or rejected.

...

(3.3) The decision of the council or local board under subsection (3) ... may be appealed to the Ontario Court of Justice within 15 days after the decision is made and the court may make any decision the council, local board or committee could have made.

(4) If it is decided to grant the application under subsection (3), the appropriate council or local board shall, by resolution, appoint an auditor to conduct a compliance audit of the candidate's election campaign finances.

(5) Only an auditor who is licensed under the *Public Accountancy Act, 2004* may be appointed under subsection (4).

(6) An auditor appointed under subsection (4) shall promptly conduct an audit of the candidate's election campaign finances to determine whether he or she has complied with the provisions of this Act relating to election campaign finances and prepare a report outlining any apparent contravention by the candidate.

(7) The auditor shall submit the report to,

- (a) the candidate;
- (b) the Council or local board;
- (c) the clerk with whom the candidate filed his or her nomination; and
- (d) the applicant.

(8) For the purpose of the audit, the auditor,

- (a) is entitled to have access, at all reasonable hours, to all relevant books, papers, documents or things of the candidate and of the municipality or local board; and
- (b) has the power of a commission under Part II of the *Public Inquiries Act*, which Part applies to the audit as if it were an inquiry under that Act.

(9) The municipality or local board shall pay the auditor's costs of performing the audit.

(10) The council or local board shall consider the report within 30 days after receiving it and may commence a legal proceeding against the candidate for any apparent contravention of a provision of this Act relating to election campaign finances.

(11) If the report indicates that there was no apparent contravention and the council or local board finds that there were no reasonable grounds for the application, the council or local board is entitled to recover the auditor's costs from the applicant...

(f) The Prosecution

34 In *Audziss v. Santa* (2003), 223 D.L.R. (4th) 257 (Ont. C.A.), the Court of Appeal concluded that s. 81 of the MEA constitutes a "complete code of procedure that vested exclusive authority in the council to commence proceedings in respect of any alleged contravention of the provisions concerning election campaign finances." (paras. 26, 28) At issue in that case was whether an elector, faced with a decision of council not to order a compliance audit, is nonetheless free to bring an application for forfeiture of the councillor's seat or to commence a private prosecution (which is not an issue in this case). After describing the statutory scheme, the Court of Appeal went on to explain the inherent tensions in the following words at para. 28:

Having regard to: a candidate's obligations under the MEA in relation to election campaign finances; the automatic sanctions that apply upon the clerk serving notice of default; the elector's right to apply for a compliance audit to ensure compliance with these provisions; the council's obligation to consider that application and its power to appoint an auditor; the council's obligation to consider any report resulting from a compliance audit and its power to commence a legal proceeding against the candidate for any apparent contravention of a provision relating to election campaign finances; and finally an elector's right to seek judicial review in respect of the council's decision; it is my view that the Legislature did not intend that an elector could simply by-pass the whole process and lay a private information. This interpretation is also one which, in my view, achieves a proper balance between an elector's right to challenge an elected official in regard to his or her statutory obligations and the need to limit, and to ensure the legitimacy of, attacks on elected officials.

35 The legislative history of the *Act* shows that the right of appeal to the OCJ in s. 81 (3.3) used in this case was inserted after the Court of Appeal's decision in *Audziss*, when the only ability to challenge a refusal of council to appoint an auditor was to seek judicial review.

36 The "balance" referred to by the Court of Appeal is between the policy goals of public accountability and transparency that compliance with the MEA campaign finance provisions are designed to accomplish on the one hand, with a certain degree of protection for candidates from legal challenges that do not comply with the standards in s. 81 (1) of the MEA on the other hand. Trafford J. referred to the latter aspect in his decision in *Hall v. Jakobek* (2003), 42 M.P.L.R. (3d) 55 (Ont. S.C.J.) at para. 21:

Given the Legislative intention, that is, to ensure the legitimacy of attacks on elected officials and, I infer, other candidates, by electors, it is my view that s. 81 of the Act is, in its purpose and effect, a provision to screen allegations by electors of election campaign finance wrongdoing by candidates and elected officials, especially where the allegations are determined by an auditor and/or a Council to be frivolous, vexatious or otherwise devoid of merit.

IV. The Constitutional Complaints

37 Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides:

7. Everyone has 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.

38 Ms. Jackson has two basic s. 7 complaints. First, she argues that s. 81 of the MEA is impermissibly vague; it contravenes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and offends against the "rule of law" referred to in the preamble of the *Charter*, it is therefore of no force and effect under s. 52 (1) of the *Constitution Act, 1982*.

39 Second, she argues that "the nature of the audit directed in Section 81(6) toward apparent contraventions of the MEA and the requirement and inspection powers granted to an auditor under 81(8) of the MEA breach the Applicant's right against self-incrimination contrary to section 7 of the *Charter*." Each of these complaints is addressed in turn.

1. Whether Section 81 of the MEA is Impermissibly Vague and Therefore Unconstitutional

40 It is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* that laws may not be too vague.

41 In approaching this issue, I am guided by the words of the Supreme Court of Canada in *Canada v. Pharmaceutical Society (Nova Scotia)*, [1992] 2 S.C.R. 606 (S.C.C.), where it held at para. 28 that "[t]he 'doctrine of vagueness' is founded on the rule of law, particularly on the principles of fair notice to citizens and limitation of enforcement discretion."

42 Justice Gonthier added, at paras. 60-63:

Legal rules only provide a framework, a guide as to how one may behave, but certainty is only reached in instant cases, where law is actualized by a competent authority. In the meanwhile, conduct is guided by approximation. The process of approximation sometimes results in quite a narrow set of options, sometimes in a broader one. Legal dispositions therefore delineate a risk zone, and cannot hope to do more, unless they are directed at individual instances.

By setting out the boundaries of permissible and non-permissible conduct, these norms give rise to legal debate. They bear substance, and they allow for a discussion as to their actualization. They therefore limit enforcement discretion by introducing boundaries, and they also sufficiently delineate an area of risk to allow for substantive notice to citizens.

Indeed no higher requirement as to certainty can be imposed on law in our modern State. Semantic arguments, based on a perception of language as an unequivocal medium, are unrealistic. Language is not the exact tool some may think it is. It cannot be argued that an enactment can and must provide enough guidance to predict the legal consequences of any given course of conduct in advance. All it can do is enunciate some boundaries, which create an area of risk. But it is inherent to our legal system that some conduct will fall along the boundaries of the area of risk; no definite prediction can then be made. Guidance, not direction, of conduct is a more realistic objective....

A vague provision does not provide an adequate basis for legal debate, that is for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. It does not sufficiently delineate any area of risk, and thus can provide neither fair notice to the citizen nor a limitation of enforcement discretion; Such a provision is not intelligible, to use the terminology of previous decisions of this Court, and therefore it fails to give sufficient indications that could fuel a legal debate. It offers no grasp to the judiciary. This is an exacting standard, going beyond semantics. The term "legal debate" is used here not to express a new standard or one departing from that previously outlined by this Court. It is rather intended to reflect and encompass the same standard and criteria of fair notice and limitation of enforcement discretion viewed in the fuller context of an analysis of the quality and limits of human knowledge and understanding in the operation of the law.

Ms. Jackson draws particular comfort from the following words at paras. 69-71:

What becomes more problematic is not so much general terms conferring broad discretion, but terms failing to give direction as to how to exercise this discretion, so that this exercise may be controlled. Once more, an unpermissibly [sic] vague law will not provide a sufficient basis for legal debate; it will not give a sufficient indication as to how

decisions must be reached, such as factors to be considered or determinative elements. In giving unfettered discretion, it will deprive the judiciary of means of controlling the exercise of this discretion...

Finally, I also wish to point out that the standard I have outlined applies to all enactments, irrespective of whether they are civil, criminal, administrative or other. The citizen is entitled to have the State abide by constitutional standards of precision whenever it enacts legal dispositions. In the criminal field, it may be thought that the terms of the legal debate should be outlined with special care by the State. In my opinion, however, once the minimal general standard has been met, any further arguments as to the precision of the enactments should be considered at the "minimal impairment" stage of s. 1 analysis.

The doctrine of vagueness can therefore be summed up in this proposition: a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate. This statement of the doctrine best conforms to the dictates of the rule of law in the modern State, and it reflects the prevailing argumentative, adversarial framework for the administration of justice.

43 In *Cochrane v. Ontario (Attorney General)* (2008), 92 O.R. (3d) 321 (Ont. C.A.), the Court of Appeal considered the constitutionality of the legislation banning "pit bull" terriers and, more particularly, whether it provided an intelligible definition of the term "pit bull". Sharpe J.A. held at paras. 39 and 44:

It is sufficient for the law to delineate an area of risk. It is only "where a court has embarked upon the interpretative process, but has concluded that interpretation is not possible" that a law will be declared unconstitutionally vague: *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031 ... at para. 79.

These cases [on vagueness] demonstrate that a law will not be struck down as being vague simply because reasonable people might disagree as to its application to particular facts. No doubt individuals, even experts, may disagree about what is in the "best interests of the child", whether a particular contract would "unduly" lessen competition, whether a specific political issue is "particularly associated" with a given political party, or whether a dominant characteristic of a publication is the "undue exploitation of sex". Yet each one of those phrases has been held to have sufficient precision to survive s. 7 scrutiny. In these and other areas of social or regulatory policy, the fact that identification and classification does not lend itself to linguistic certainty will not defeat laws which provide a degree of clarity capable of supporting intelligible debate. In my view, given the nature of the subject matter and the importance of the objective, the Attorney General's submission that the impugned provision gives sufficient guidance is well supported by the authorities cited.

44 Professor Peter W. Hogg criticizes the test of whether the law provides an adequate basis for legal debate, "because almost any provision, no matter how vague, could provide a basis for legal debate": *Constitutional Law of Canada*, 5th ed., loose-leaf (Toronto: Carswell, 2007), at s. 47.18(b). A careful reading of Justice Gonthier's words in para. 63 of *Pharmaceutical Society (Nova Scotia)*, *supra*, shows, however, that the test is qualified: "A vague provision does not provide an adequate basis for legal debate, that is for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria." [Emphasis added.]

45 Professor Hogg goes on to say:

What is perhaps most useful in giving some content to the rule against vagueness is to refer back to the two values that the rule protects, namely, fair notice to citizens and limitation of enforcement discretion. A law is unconstitutionally vague if it fails to give fair notice of what conduct is prohibited by the law, and if it fails to impose real limitations on the discretion of those charged with enforcement of the law.

46 To summarize, a statutory provision is intelligible, sufficiently certain, and therefore not impermissibly vague, if it gives fair notice to citizens setting out the boundaries of permissible and impermissible conduct that delineate a zone or area of risk. It must be possible in specific cases to reach a conclusion as to the meaning and application of the statute through reasoned analysis applying legal criteria.

47 In addition, a provision must not give unfettered discretion to a decision maker because doing so will deprive the judiciary of the means of controlling the exercise of the discretion. The enactment should therefore give a sufficient indication as to how decisions must be reached and the determinative factors or elements to be considered.

48 Clarification is in order, however, concerning discretion. The Oxford Shorter Dictionary defines "discretion" as "freedom to decide or act as one thinks fit, absolutely or within limits; having one's own judgment as sole arbiter". In other words, within a certain ambit one is free to choose among different outcomes. This is the sense of the word evoked in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, *supra*, at para. 52: "The concept of discretion refers to decisions where the law does not dictate a specific outcome, or where the decision-maker is given a choice of options within a statutorily imposed set of boundaries."

49 There is, however, a real debate about the meaning of "discretion" in concrete settings. For example, consider the Supreme Court's words in *Baker*, *supra*, at para 54:

It is, however, inaccurate to speak of a rigid dichotomy of "discretionary" or "non-discretionary" decisions. Most administrative decisions involve the exercise of implicit discretion in relation to many aspects of decision making. To give just one example,

decision-makers may have considerable discretion as to the remedies they order. In addition, there is no easy distinction to be made between interpretation and the exercise of discretion; interpreting legal rules involves considerable discretion to clarify, fill in legislative gaps, and make choices among various options.

50 In my view, and I say this with diffidence, the interpretation of legislation is not an example of true discretion. In "Another View of *Baker*" (1999), 7 R.A.L. 163 at 164, James L.H. Sprague observed, and I agree:

Filling in legislative gaps and making choices among various options is not true discretion. That is trying to discern what the legislator meant to say. The legislator never said, or intended to say, that where there is a gap, the law is to be whatever a decision-maker may decide it should be. No, where the decision-maker has to fill in gaps or otherwise interpret law he or she is not exercising discretion. He or she is simply doing his or her best to ascertain what the law is — he or she is not a law-maker (or at any rate is not supposed to be).

51 In the context of the MEA, there is minimal discretion in the council's decision on whether to appoint an auditor under ss. 81 (1) and (4). If the application shows reasonable grounds, that is the end of the matter and council must appoint an auditor. The section requires the exercise of judgment on which council may be right or wrong and will be subject to judicial oversight through an appeal under s. 81 (3.3).

52 In *Chapman v. Hamilton (City)*, [2005] O.J. No. 1943 (Ont. C.J.), Culver J. noted that "councillors were reluctant to exercise their jurisdiction, to consider the request for Compliance Audit on its merits, because they did not want to be seen as 'standing in judgment' of their colleagues." (para. 13) He held at paras. 36 and 37:

... I find that the issue to be determined, namely whether or not the elector has reasonable grounds to believe that a candidate has contravened a provision of The Act relating to campaign finances, is a question of mixed fact and law. Political considerations, in their highest sense, the creation of public policy as the political will of the citizens of the City, or in the lowest sense, political opportunism fed by ambition, have no place to play in such an analysis. The order for Compliance Audit is not dispositive. It may be that political considerations are appropriate when considering the laying of charges, should the audit determine misfeasance, but not at this stage.

... I note that Council in its debate, did not consider the merits of the application as it relates to the provisions of The Act, but, applied a political consideration, namely the unwillingness to judge their peers, and therefore dismissed the application with the desire to have the court make the ultimate decision. This debate, I find, amounts to a failure or refusal to meaningfully exercise jurisdiction....

53 There may be some minimal discretion when it comes to minor breaches. The failure to insert a contributor's postal code in the prescribed form is a technical violation. It may be, for example, that the only violation for a candidate is a few missing postal codes. Perhaps a municipal council could justify refusing appointing an auditor in such circumstances. That is not the situation here.

54 In carrying out the audit the auditor is not exercising true discretion. He or she will need to interpret the *Act*, and might be wrong or right in the interpretation, but is also subject eventually to judicial oversight such as when, for example, an OCJ judge rejects the auditor's understanding of what constitutes a "fund-raising event" and dismisses a charge laid under s. 81 (10).

55 There is some discretion in a council's decision to prosecute under s. 81 (10), which provides that council: "may commence a legal proceeding against the candidate for any apparent contravention of a provision of this Act relating to election campaign finances." The extent of the discretion will be discussed below, but the general administrative law principles, which govern municipalities and other such bodies, make it clear that there is no such thing as an "unfettered discretion."

56 With these principles in mind, I now turn to consider the Applicant's specific arguments on vagueness.

(a) The Applicant's Arguments on Vagueness

57 Mr. Manning raised various issues under the rubric of vagueness.

(i) The Standards Applicable to Council's Decision to Order an Audit

58 I reproduce here the provisions in s. 81 that give rise to the audit:

81. (1) An elector who is entitled to vote in an election and believes on reasonable grounds that a candidate has contravened a provision of this Act relating to election campaign finances may apply for a compliance audit of the candidate's election campaign finances.

(2) The application ... shall be in writing and shall set out the reasons for the elector's belief.

(3) Within 30 days after receiving the application, the council or local board, as the case may be, shall consider the application and decide whether it should be granted or rejected....

59 The Applicant complains:

The factors which Council may take into consideration in deciding whether to grant or refuse an application for a compliance audit, including financial issues, matters of proportionality and other issues, are not enumerated under section 81(3). Therefore, it is unclear whether a compliance audit must be conducted merely if the applicant has reasonable grounds to believe a section of the MEA has been contravened or whether council may refuse an applicant who has "reasonable grounds" to believe that multiple sections MEA have been contravened. Moreover, the standard "reasonable grounds" is not defined in the legislation. It is unclear what will constitute "reasonable grounds" and how council must evaluate whether the applicant has satisfied the onus, under section 81(1) of showing that her or his belief in a candidate's contravention of the MEA is on "reasonable grounds."

60 As noted earlier, there is little discretion for a municipal council in deciding whether to order a compliance audit once reasonable grounds are found to exist. The law is replete with provisions using the standard of "reasonable grounds" and courts and public bodies have had little difficulty in applying it to concrete facts. To some extent, however, in the context of this application this inquiry is redundant, since the main audit was ordered as the result of Justice Favret's decision on the appeal of Vaughan Council's initial refusal to order the audit. She had no trouble finding reasonable grounds.

(ii) The Scope of the Compliance Audit

61 The Applicant raised an issue about the scope of the compliance audit both as an independent ground of complaint and as an example of impermissible vagueness. As the history of the matter noted, the Council initially declined to appoint an auditor to carry out a compliance audit. The complainants appealed under s. 81 (3.3), and Justice Favret issued a decision compelling the Council to appoint an auditor. Justice Favret found, at para. 70, that:

there are reasonable grounds to conclude some, not all, of the corporations listed are associated and that pursuant to s.72 of the Act, they would be deemed a single corporation for the purpose of who is an eligible contributor. As such I agree that there are reasonable grounds to conclude there was a contravention of the Act as there is no indication over contributions were returned.

62 Justice Favret went on, however, to reject the complaint that there was a contravention of the *Act* by the candidate in relation to fundraising events as lacking "sufficient particularity to support such a conclusion [that there was a contravention]", although she found that the material "supports a conclusion that the Candidate failed to issue a receipt for one of the events on one occasion contrary to s. 69(1) of the Act." (para. 71)

63 The Applicant complains that the Act does not clearly answer the following question:

[I]f an applicant demonstrates reasonable grounds that there has been one contravention of the MEA but fails to demonstrate reasonable grounds as to another contravention alleged, is the auditor conducting a compliance audit solely into the one contravention for which the applicant's belief is based on reasonable grounds? ... Having made a determination on the merits that the applicant does not have reasonable grounds to believe that there had been a contravention in respect of some but not all of the contraventions alleged, is the auditor appointed precluded from examining these allegations?

64 The Applicant argued that the compliance audit must relate only to the matters in the complaint that are found by the judge hearing the s. 81 (3.3) appeal to have reasonable grounds.

65 I disagree. I find that s. 81 (1) is a threshold requirement only. Once it is plain to a municipal council that there are reasonable grounds for the belief "that a candidate has contravened a provision of this Act relating to election campaign finances" under s. 81(1), then the result is "a compliance audit of the candidate's election campaign finances"; in other words, the audit is comprehensive and is not restricted to the matters referred to in the complaint. The trigger can be a single contravention, although in this case the applications for a compliance audit identified numerous possible contraventions.

66 It is noteworthy that the cases that have considered the audit function have not limited the audit to the grounds of the original complaint: See *Savage v. Niagara Falls (City)* (Ont. C.J.) (B.W. Duncan); *Chapman*, *supra*. In *Mastroguiseppe v. Vaughan (City)*, February 19, 2008, Doc. Newmarket 49119990790000352-01-02 [2008 CarswellOnt 9087 (Ont. C.J.)], Justice Favret did not review fully all of the alleged grounds of contravention by Ms. Jackson, leaving out, for example, the allegations relating to cash donations. She ordered a "compliance audit for the period in the Statement and Report" without restricting it to the particular grounds that she found were reasonable in reviewing the application.

67 Similarly, in *DeFrancesca v. Vaughan (City)* (October 7, 2008), Doc. Newmarket 07-000486 (Ont. C.J.), Justice H.I. Chisvin reviewed an application in which seven issues were raised concerning the campaign finances of Bernie DiVona, an elected councillor of the City of Vaughan. City Council denied the applicants' request for a compliance audit. Chisvin J. asked himself the following question: "Does any one raise a reasonable ground to believe that a violation has occurred?" (para 12) He looked at only one of the issues, concerning contributions by businesses apparently located at a single address and having similar officers and directors. He found that there were reasonable grounds to believe that there had been a violation of the finance provisions of the MEA. He concluded at para. 17:

There are six other issues raised by the applicants in this factum with respect to this matter. I do not propose to review them in detail as it is not my function to determine the ultimate veracity of each and every one of these matters. As I've said, it is my function, like that of council's, to determine only if there are reasonable grounds for the electorate to believe that there has been a violation of the campaigns finance provisions of the *Act*....

68 I find that there are good reasons for this approach. In terms of the statutory structure, the role of the Ontario Court judge in an appeal under s. 81(3.3) of the *Act* is limited. The judge's responsibility is to deal with the issue of reasonable grounds. It is the responsibility of other actors in the statutory framework, not the Ontario Court judge at this stage, to conduct the audit, evaluate the results, authorize a prosecution, carry it out and try the case. Further, the MEA's provisions are interrelated, and the identification of a problem may suggest that there might be more awaiting discovery. For example, the failure to issue a campaign receipt may be related to an unauthorized expenditure; this is grist for the auditor's mill and is well beyond the purview of an Ontario Court judge on an appeal under s. 81 (3.3).

(iii) What is a Compliance Audit?

69 The Applicant argues that it not clear what a "compliance audit" is under ss. 81 (1) and 81 (4) of the MEA, noting that it seems to be something different than an audit, but precisely what is not clear, since: "there is no definition of what a compliance audit consists. An auditor's duty, under s. 81(6), is to prepare a report outlining any 'apparent contraventions' by the candidate but what constitutes an 'apparent contravention' is not defined." On behalf of the Applicant, Mr. Manning asks: "Is an 'apparent contravention' a real contravention?"

70 Taken contextually, in my view the nature of a compliance audit readily emerges from the MEA. Subsection 81 (6) provides:

(6) An auditor appointed under subsection (4) shall promptly conduct an audit of the candidate's election campaign finances to determine whether he or she has complied with the provisions of this Act relating to election campaign finances and prepare a report outlining any apparent contravention by the candidate.

71 Section 81 relates back to the provisions of the MEA concerning election campaign finances, which are set out in ss. 66-79. These are detailed provisions that give content to the concepts of contributions (s. 66), expenses (s. 67), the election campaign period (s. 68), the duties of a candidate (s. 69), when a candidate may accept contributions (s. 70), maximum limits on contributions (s. 71), restrictions on fund-raising functions (s. 73), borrowing by a candidate (s. 75), filing dates in relation to financial statements (s. 77) and an auditor's report (s. 78) and the treatment of surpluses and deficits (s. 79).

72 The term "compliance audit" in s. 81(1) obviously refers to compliance with "a provision of this Act relating to election campaign finances," set out in the Act and referenced in the prescribed forms for the financial statement and auditor's report required to be filed under s. 78 of the MEA. The term is nothing more than a convenient contraction for drafting purposes. It does not denote or connote anything more than an audit leading to a report to municipal council that, like any auditor's report, identifies "apparent contraventions" as required by s. 81(6) of the Act. I find that there is nothing vague, ambiguous or mysterious in the term "compliance audit". I find that it is not the auditor's function to determine whether an apparent contravention is a real contravention. That is a determination which is ultimately for the judge of the Ontario Court of Justice to make in a prosecution under s. 81 (10), after being filtered through municipal council and a prosecutor.

(iv) Impermissible Delegation to the Auditor

73 The Applicant argues that: "Section 81 of the MEA effectively delegates an ill-defined power to an auditor to determine whether there has been a contravention of the MEA. This power, to determine whether there has been an 'apparent contravention' of the MEA cannot be validly delegated to an auditor." She takes the position that:

A statutory term which grants discretion but which fails to give direction as to how that discretion should be exercised, so that this exercise may be controlled, will be impermissibly vague. Laws that do not give a sufficient indication as to how decisions must be reached, such as factors to be considered or determinative elements, will be impermissibly vague. In giving unfettered discretion, it will deprive the judiciary of means of controlling the exercise of this discretion.

74 The legal principles the Applicant cites are valid, but do not apply to the compliance audit specified by the MEA. There is no "delegation" of the "power to determine whether there has been a contravention of the MEA" by the municipal council to the auditor. The respective roles are statutorily determined. As noted above, it is not the auditor's role "to determine whether there has been a contravention of the MEA" (which is the function of the OCJ on a prosecution), only to identify "apparent contraventions." The compliance requirements of the *Act* are clear and simple. There will always be matters of detail that come up in concrete situations and that require interpretation by the auditor. But these can usually be resolved by reference to the principles in the legislation and are subject to judicial oversight.

(v) Fund-raising Functions

75 The Applicant complains that there is no definition of "fund-raising event" in the MEA. The undefined term "fund-raising functions" is found in s. 79 (2) and s. 73, among

other places. The concept, however, is quite simple to understand and, in my view, does not require further definition.

76 The Applicant refers to the paras. 1.30-1.32 in the compliance audit report:

1.5 What the Act Says About Fundraising Events

1.30 Paragraph 5 of subsection 67(2) of the Act includes "*the cost of holding fund-raising Junctions*" as a campaign expense, and subsections 76(4) and 76(5) provide that these costs are not subject to limitation.

1.31 Although the Act does not define a fundraising event, the Municipal Elections 2006 Guide included the following guidance:

"Fund-raising functions are events intended to raise money for a person's election campaign. Such activities include dinners, dances, garden parties, etc. for which there is an admission charge, as well as auctions, button sales, etc. for which there may not be an admission charge."

[Underlining added]

1.32 The candidates were required to file financial statements that included a schedule addressing each fund-raising activity (Schedule 2). The schedule includes a description of the fund-raising activity, the amount of the admission charge, the number of tickets sold, and ticket revenue. The form includes the notation "*if admission charge per person is not consistent, provide complete breakdown of all ticket sales*".

[Emphasis in original; Footnote omitted]

77 The Applicant particularly criticized the auditor's reliance on the Municipal Elections 2006 Guide ("the Guide") published by the Ontario government. The excerpt quoted above from the Guide gives common sense advice to candidates and those assisting them in election campaigns. I see no inconsistency between these elements of the Guide and the *Act*.

(vi) Contributions

78 The MEA lists those who may be contributors and contribution limits:

70. (3) Only the following may make contributions:

1. An individual who is normally resident in Ontario.
2. A corporation that carries on business in Ontario.
3. A trade union that holds bargaining rights for employees in Ontario.

4. Subject to subsection (5), the candidate and his or her spouse.

70. (6) A contribution may be accepted only by a candidate or an individual acting under the candidate's direction.

70. (7) A contribution may be accepted only from a person or entity that is entitled to make a contribution.

71. (1) A contributor shall not make contributions exceeding a total of \$750 to any one candidate in an election.

71. (2) if a person is a candidate for more than one office, a contributor's total contributions to him or her in respect of all the offices shall not exceed \$750.

71. (3) Subsections (1) and (2) do not apply to contributions made to a candidate's own election campaign by the candidate or his or her spouse.

72. For the purposes of sections 66 to 82, corporations that are associated with one another under section 256 of the *Income Tax Act* (Canada) shall be deemed to be a single corporation.

74. (1) A contributor shall not make a contribution of money that does not belong to the contributor.

79 The auditor focused particularly on these provisions. The Applicant takes issue with the highlighted words in following discussion in the compliance audit report concerning contributions, and submits that they are signs of "uncertainty" that exemplify the *Act's* impermissible vagueness:

1.25 The Act states that contributions may only be made from money that belongs to the contributor (Subsection 74(1)). It does not address whether one cheque may be issued on behalf of two or more individuals or entities. We have interpreted the Act to permit contributions on another's behalf where there is supporting documentation, such as a letter, advising the candidate that the funds are being contributed on the other party's behalf, using the other party's funds. For example, where a candidate is advised that a contribution is being made on behalf of a number of individuals, each of whom is reimbursing the entity, or where the funds are being charged to their shareholder loan account, or a similar situation. The Municipal Elections 2006 Guide suggests the following:

Before issuing a receipt for a contribution received by cheque, the candidate should ensure that the cheque is honoured at the bank and, if the contribution is:

- *from an individual, ensure the contributor meets the requirement of being a resident in Ontario;*
- *from a sole proprietorship, determine the name of the owner and issue a receipt in the owner's name, not the name of the business, as a good practice;*
- *from a corporation, ensure that it meets the requirement of carrying on business in Ontario; ...*

Helpful Hints

- ... *If a cheque for a contribution is drawn from a joint personal bank account, the receipt must be issued only to the person who signed the cheque. Where two people have signed a cheque drawn from the joint personal account, the candidate must determine who made the contribution and issue the receipt to that person.*
- *Unincorporated groups, such as a law partnership, may contribute to a candidate's campaign, however the candidate should:*
 - *Request a list of the names and addresses of the individual contributors that shared in the contribution and the amount contributed by each individual;*
 - *Issue receipts to the individual contributors, not the unincorporated group. The individual's proportion of the group's contribution counts towards that individual's campaign contribution limit of \$750; and*
 - *Report these contributions on the candidate's financial disclosure in the same manner as contributions.*

[Underlined emphasis added; Italics emphasis in original; Footnote omitted]

80 The compliance audit report's interpretation of the Act and its use of the Guide are not unreasonable on their face and are likewise not inconsistent with the MEA. The fact that these matters of detail are not finely defined in the legislation does not make it impermissibly vague. Again, there will always be matters of detail that come up in concrete situations, which can be resolved by reference to the principles in the legislation.

81 The Applicant also complains about the underlined words in the following excerpt from the compliance audit report:

1.27 The Act by identifying only corporations, apparently does not permit contributions from an incorporated income trusts, limited and general partnerships, unincorporated

co-tenancies, and other legal but non-corporate entities through which business is conducted in Ontario.

[Emphasis added]

82 It is to be noted that the compliance audit report's statement about the other entities appears to be correct but the reference to partnerships is not accurate, as the report seems to acknowledge later in referring to the need, in respect of a partnership, to list "the name of the person on whose behalf the contribution was made," consistent with the Guide.

(vii) Providing Proper Direction

83 Section 69 (1)(l) provides:

69. (1) A candidate shall ensure that,

(1) proper direction is given to the persons who are authorized to incur expenses and accept or solicit contributions on behalf of the candidate;

84 The related audit finding in the report provides:

1.8 What are Reasonable Expectations from a Candidate?

1.37 Paragraph 69(1)(1) of the Act requires that candidates provide "*proper direction...to the persons who are authorized to incur expenses and accept or solicit contributions on behalf of the candidate.*" The proper direction presumably includes ensuring that the authorized persons understand the candidate's responsibilities under the Act in relation to accepting contributions, incurring expenses, using bank accounts, retaining proper financial records, and preparing financial statements.

[Emphasis added by the Applicant]

85 The Applicant takes the position that the word "presumably" illustrates an impermissible vagueness in the statute. I disagree. As noted, there will always be matters of detail that come up in concrete situations. These can easily be resolved by reference to the principles in the legislation.

86 One of the findings in the report with which the Applicant takes issue is the following:....

2.7 (11) ... Linda Jackson informed us that she did not provide any direction to Mario Campese in relation to delegation of the financial aspects of the campaign. In our opinion the failure to provide direction to the Campaign Manager is an apparent contravention of paragraph 69(1) (1) of the Act (Section 4:7 of our Report);

87 Later in the report it was stated:

4.62 ... Linda Jackson informed us that she did not provide any direction to Mario Campese in relation to delegation of the financial aspects of the campaign. She advised us that Mario Campese had fulfilled the Campaign Manager role in prior municipal elections and thus that she believed that he did not require further direction. In our opinion the failure to provide direction to the Campaign Manager is an apparent contravention of paragraph 69(1) (1) of the Act.

[Emphasis added]

88 Whether the underlined words provide a defence to Ms. Jackson would be a matter for subsequent proceedings. I note that in her August 28, 2008, affidavit, Ms. Jackson asserted:

This statement is false. I never informed Ken Froese, or anyone else for that matter, that I did not provide direction to Mario Campese. In fact, Campese was provided with a copy of the Act, the City of Vaughan election guide and he possessed experience from 2 prior elections.

89 The compliance audit report also states:

1.38 When a contribution is received, a candidate may reasonably be expected to identify contributions that exceed the \$750 contribution limit or are clearly from inappropriate sources, such as contributions from out-of-Province businesses, charities, federal or provincial political parties, or similar sources. Where accepting contributions is delegated to others, a candidate's instructions should include appropriate procedures to identify clearly inappropriate contributions.

...

1.40 Prior to finalizing a financial statement, a candidate may reasonably be expected to identify potential multiple contributions that result in an over-contribution, contributions from different individuals or corporations sharing a common address, or other commonalities that suggest a possible association resulting in an over-contribution. The candidate's responsibility is to then promptly refund over-contributions. However, in our view the candidate cannot reasonably be expected to do more than enquire of the contributors as to whether they are associated or are otherwise not permitted to contribute to the candidate's municipal election campaign.

1.41 A candidate may also be reasonably expected to monitor the level of expenses subject to limitation during the course of the campaign to ensure that the campaign does not exceed the limitation. As well, the candidate may reasonably be expected to provide

direction to persons delegated financial responsibilities to ensure processes are in place to ensure expense limitations are not exceeded.

1.42 Our compliance audit considered that it is a reasonable expectation of a candidate who has delegated financial authority to others that the candidate will review expenses, by category, and consider the reasonableness of overall financial reporting.

1.43 Our compliance audit also considered that it is a reasonable expectation that a candidate consider whether there is inventory to report at the end of the campaign period (reusable signs, furniture, or other equipment or supplies), whether the amount loaned to the campaign agrees with the candidate's own financial records, whether the price of tickets and the number of attendees at fund-raising events is consistent with the candidate's recollection, and whether the total of expenses for fundraising are consistent with the cost of fundraising.

[Emphasis by the Applicant]

90 None of the expectations delineated in this part of the compliance audit report, which the Applicant challenges, are unreasonable or inconsistent in principle with the expectations of the MBA that refer to a candidate giving "proper direction".

(b) *The Frustaglio Compliance Audit Report*

91 In support of the arguments on vagueness and partiality, on January 12, 2009, the Applicant brought a motion for the admission of fresh evidence concerning the compliance audit report related to councilor Joyce Frustaglio dated October 17, 2008. I heard argument and issued a decision on January 14, 2009. I agreed to admit the Frustaglio compliance audit report as fresh evidence and invited argument on it. I said at para. 21:

I am alive to the concerns raised by Messrs. Rueter and Lord. At the same time, however, the common law is rightly suspicious of abstract questions. The expression "pure law" may be an oxymoron, since the law always needs a context within which it is to be considered. Experience in working with statutory provisions in the context of a real issue can reveal ambiguities that an abstract review would perhaps miss. The Jackson Compliance Audit Report assists in setting the context within which the vagueness argument can be assessed, and the Frustaglio Report may add usefully to that context.

92 Careful reading of the Frustaglio compliance audit report, in comparison with the Jackson compliance audit report, shows that they are substantially the same in terms of format, methodology and the description of the interpretation taken by the auditor of obligations under the MEA. It is not surprising that Mr. Manning therefore launches the same complaints about the Frustaglio report as he did about the Jackson report. He asserts that: "In the Frustaglio report, LECG [the audit firm] reached its conclusions by interpreting

the Act in a manner different from its interpretation of the Jackson audit and this is the very essence of arbitrariness." I reject this assertion; it is not true that the Frustaglio report interpreted the Act "in a manner different from its interpretation of the Jackson audit".

93 Other aspects of the Frustaglio report will be addressed elsewhere in these reasons.

(c) *The Standards Applicable to Council's Decision to Commence a Prosecution*

94 Section 81 (10) of the MEA provides:

(10) The Council or local board shall consider the report within 30 days after receiving it and may commence a legal proceeding against the candidate for any apparent contravention of a provision of this Act relating to election campaign finances.

95 The Applicant notes:

After council has received a report outlining apparent contraventions, there is no articulation of the factors that council may take into consideration in determining, under section 81(10), whether to commence a legal proceeding. It is unclear whether even a single contravention is sufficient for the commencement of legal proceedings, or to whom council should delegate the commencement of legal proceedings.

96 As noted above, the trigger can be a single contravention, although in this case the applications for a compliance audit identified numerous possible contraventions.

97 In *Chapman, supra*, at para. 36, Culver J. stated that: "It may be that political considerations are appropriate when considering the laying of charges, should the audit determine misfeasance, but not at this stage [of considering an application for an audit]." By this he meant: "Political considerations, in their highest sense, the creation of public policy as the political will of the citizens of the City, or in the lowest sense, political opportunism fed by ambition." (para. 36) Mr. Manning, on behalf of Ms. Jackson, pronounced himself as "horrified" that political considerations would have any bearing on the decision of Council to prosecute.

98 As noted above, there is some discretion in a municipal council's decision to prosecute under s. 81 (10), since council: "may commence a legal proceeding against the candidate for any apparent contravention of a provision of this Act relating to election campaign finances." There is, however, no such thing as an "unfettered discretion" in a municipal body.

99 The overriding principles are expressed in *Baker, supra*, at para. 53:

... [D]iscretionary decisions, like all other administrative decisions, must be made within the bounds of the jurisdiction conferred by the statute ... [D]iscretion must still be

exercised in a manner that is within a reasonable interpretation of the margin of manoeuvre contemplated by the legislature, in accordance with the principles of the rule of law ..., in line with general principles of administrative law governing the exercise of discretion, and consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*....

100 Among the relevant administrative law principles are that: power must be exercised for the purpose for which it was granted and not for another purpose; the decision maker cannot decline to decide an issue remitted to it; the decision must be made on the basis of relevant considerations and must not take into account irrelevant considerations; decision-making power may not be improperly delegated; there must be some evidence to justify decisions of fact; statutory preconditions to the exercise of power must be met; there should not be errors in the interpretation of legislation; and the decision must not be grossly unreasonable.

101 Without being exhaustive, it is easy to see how these principles would apply to a decision on whether to prosecute under s. 81 (10) of the MEA. Possible examples abound. A decision based on concerns about maintaining the confidence of the electorate, the integrity of the election process and the values of public accountability and transparency would be consistent with the statutory purpose and would also be political considerations in the highest sense. On the other hand, a decision made to advance political ambition by ousting a rival would be for an improper purpose. A decision taking into account the scale of the apparent contraventions would be taking into account relevant considerations, but one based on personal animosity or bias would be improper. A decision to prosecute the slightest apparent contravention would run into problems of unreasonableness.

102 As a relevant example, the auditor's report indicates that Ms. Jackson neglected to provide postal codes for some of the contributors to her campaign, as required in the form prescribed by the *Act*. In respect of this contravention, the doctrine of *de minimis non curat lex* might be a defence (a matter I leave for the trial judge). It essentially means that "the law does not concern itself with trifles": *R. v. Hinckley*, [1996] 3 S.C.R. 1128 (S.C.C.) at para. 69. The origins of this doctrine were outlined by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Kubassek* (2004), 188 C.C.C. (3d) 307 (Ont. C.A.) at para. 19, quoting from "*Reward*" (*The*) (1818), 2 Dods. 265, 165 E.R. 1482 (Eng. Adm. Ct.), where Sir Walter Scott (later Lord Stowell) said, at 269-270 Dods., 1484 E.R.:

The Court is not bound to a strictness at once harsh and pedantic in the application of statutes. The law permits the qualification implied in the ancient maxim, *de minimis non curat lex*. Where there are irregularities of very slight consequence, it does not intend that the infliction of penalties should be inflexibly severe. If the deviation were a mere trifle, which, if continued in practice, would weigh little or nothing on the public interest, it might properly be overlooked.

And see *Canadian Foundation for Children, Youth & the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76 (S.C.C.), where this defence was discussed in Justice Arbour's dissent at paras. 203-205.

(d) *Improper Delegation to the Prosecutor*

103 By-law 205-2008 led to the retainer of the Respondent, Timothy J. Wilkin, in order to prosecute the Applicant. The resolution adopted by Council on June 24, 2008, and confirmed by By-law 205-2008 provided:

WHEREAS...

AND WHEREAS it is important for all concerned to avoid any perception of bias as legal proceedings move forward.

NOW THEREFORE THE COUNCIL OF THE CITY OF VAUGHAN RESOLVES AS FOLLOWS:

1. That the City of Vaughan institute the laying of charges against Linda D. Jackson under The Municipal Elections Act, 1996; and
2. That Mr. Timothy J. Wilkin of Cunningham, Swan, Carty, Little & Bonham LLP, be retained to conduct the prosecutions and to proceed in a timely manner; and
3. That the charges to be laid shall be those for which reasonable and probable grounds exist for believing that an offence has been committed, as may be determined in the legal opinion of Timothy J. Wilkin; and
4. That the retainer includes instructions that Timothy J. Wilkin have the authority, in his sole discretion:
 - i. to withdraw any charge, or charges, against Linda D. Jackson if, in his opinion, the available evidence in respect of a charge or charges does not provide a reasonable likelihood of obtaining a conviction; and
 - ii. to conduct any pre-trial or trial proceedings necessary, and to summon such witnesses as may be required including, if necessary, the retaining of experts to appear as witnesses; and
 - iii. to enter into negotiations with respect to the charges for the purposes of establishing an agreed statement of facts, a plea bargain and/or a joint submission to the Court in respect of penalty; and

- iv. to enter into a binding plea bargain agreement; and
- v. to establish what penalty to seek from the Court upon a conviction; and
- vi. to provide regular status reports to the City Solicitor for her information.

104 The Applicant argues that the retention of Mr. Wilkin and the provision to him of a level of prosecutorial discretion amounts to an unlawful delegation:

Nowhere does the MEA authorize a council to delegate the substance of its authority to make decisions under section 81(10) to commence a legal proceeding to anyone, let alone an unelected member of the public. Paragraphs 2, 3 and 4 of the resolution of June 24, 2008 ... reveal that the council delegated to Mr. Wilkin a power it thought it had - to institute the laying of charges against the Applicant. By-law 205-2008, purporting to adopt, ratify and confirm this resolution constitutes a purported grant to Wilkin of an unbridled and uncontrollable discretion with respect to the entirety of the prosecution, thereby leaving the Applicant at the mercy of Wilkin, who is entitled to impose whatever conditions he sees fit. This is an unlawful delegation of statutory authority.

105 In oral argument, Mr. Manning added a submission that s. 81(10) of the MEA did not actually authorize the laying of a charge, but it is quite clear from *Audziss v. Santa*, *supra*, that this submission is wrong.

106 Mr. Lord points to the authority of a municipality to delegate under s. 23.1 of the *Municipal Act, 2001*, S.O. 2001 c. 25. As a corporate body, a municipal council can only act through agents, so the appointment of a prosecutor is the only way that Council's statutory responsibility under s. 81 (10) can be exercised.

107 The City, according to Mr. Lord, expects that in furtherance of the prosecution an information will be sworn by an employee of the City; that will form the basis of the prosecution, it being quite plain that a corporation cannot swear an information. Mr. Wilkin will act as the prosecutor. In essence, Mr. Lord argues that the kind of prosecutorial discretion that is normally exercised by the Crown in relation to criminal or quasi-criminal offences, or by municipal officials in prosecuting municipal by-law infractions, would be exercised by Mr. Wilkin: *Little v. Ottawa (City)* (2004), 49 M.P.L.R. (3d) 115 (Ont. S.C.J.) per J. Mackinnon J. at para. 12; *Toronto (City) v. Polai* (1969), [1970] 1 O.R. 483 (Ont. C.A.); affirmed (1972), [1973] S.C.R. 38 (S.C.C.). He disputes that Mr. Wilkin is without instructions in view of the detailed nature of paragraph four of the resolution. I agree with Mr. Lord's submissions.

108 In response to a question from the bench, Mr. Manning conceded that if Council had obliged Mr. Wilkin to report back to it with his recommendations on these discretionary

elements, requesting instructions from Council, then his objection would lose force. In my view, such a reference back would be permissible but is unnecessary since the criteria which Mr. Wilkin must apply in his decisions are set out in the resolution.

(e) Conclusion on Issue One: Whether Section 81 of the MEA is Impermissibly Vague and Therefore Unconstitutional

109 For the reasons set out above, I find that there is no merit to the Applicant's arguments on this issue.

2. Ms. Jackson's Right Against Self-incrimination Under s.7 of the Charter

110 I repeat here for convenience, s.7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:

8. Everyone has 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.

111 There are three sub-issues: First, does the audit/prosecution process under s. 81 of the MEA engage s. 7 of the *Charter*? The Applicant argues that: "In the case at bar, there exists a real or imminent deprivation of life, liberty or security of the person, and this deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice contrary to s. 7 of the *Charter*." Mr. Manning asserts that the possibility that Ms. Jackson "may be subject to prosecution and, under s. 80 (2) of the MEA, may forfeit the office to which she was elected and be deemed ineligible to be elected or appointed to any office until the next regular election is taking place," fully engages s. 7. The City and the auditor argue that s. 7 is not engaged because the penalties under the MEA are relatively minor and do not involve imprisonment.⁵

112 Second, based on the reasoning of the Supreme Court in *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757 (S.C.C.), does the audit/prosecution process under s. 81 of the MEA breach s. 7 of the *Charter* because the predominant purpose of the compliance audit under the MEA in the case at bar is the investigation of an alleged contravention? The Applicant argues that: "the auditor is not conducting a compliance audit but rather an investigation into the liability to prosecution and is so doing with inspection and requirements powers under which the Applicant is statutorily compelled to give information," thereby breaching the Applicant's s. 7 *Charter* rights against self-incrimination. The auditor argues that the "the purpose of the compliance audit is to determine whether Ms. Jackson had complied with the provisions of the *Act* with respect to her campaign finances. The predominant purpose of the compliance audit is not to determine any penal liability."

113 Third, based on the reasoning of the Supreme Court in *R. v. Jarvis*, is the auditor prevented from continuing the audit after City Council decided to prosecute Ms. Jackson under s. 81 (10) of the MEA on June 24, 2008? The Applicant argues that this is the result in

R. v. Jarvis, which applies to her. The auditor argues that: "the fact that Council has resolved to commence proceeding against Ms. Jackson for apparent contraventions of the *Act* does not render the compliance auditor *functus officio*. The predominant purpose test does not prevent compliance audits and investigations into penal liability under the *Act* from being conducted simultaneously."

(a) *First sub-issue: Does the audit/prosecution process under section 81 of the MEA engage section 7 of the Charter?*

114 The weight of the authority is that s. 7 is engaged only where the right to liberty of the subject is at stake owing to the threat of imprisonment, unless some other interest concerning the right to life or security of the person can be established (neither of which is present here).

115 In *R. v. Jarvis*, the taxpayer was audited under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("ITA"). The taxpayer was then charged with tax evasion. The Supreme Court held that while the material gathered by the auditor before the commencement of an investigation into penal liability was validly gathered and could be used in the prosecution, information obtained by the auditor after the investigation was under way should be excluded because it violated the taxpayer's s. 7 *Charter* rights.

116 In relation to s. 7, the Court held at paras. 66 and 67:

... A court conducting an analysis under s. 7 must first determine whether there exists a real or imminent deprivation of life, liberty, security of the person, or a combination thereof. Next, the court must identify the relevant principle or principles of fundamental justice and, finally, determine whether the deprivation is in accordance with this principle or principles.

It is beyond doubt that the appellant's s. 7 liberty interest is engaged by the introduction of statutorily compelled information at his trial for the s. 239 offences, owing to the threat of imprisonment on conviction: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 515, *per* Lamer J. (as he then was); *Reference re ss. 193 and 195.1(1) (c) of the Criminal Code (Man)*, [1990] 1 S.C.R. 1123. The relevant principle of fundamental justice in the present case is the principle against self-incrimination, an elemental canon of the Canadian criminal justice system, standing for the notion that individuals should not be conscripted by the state to promote a self-defeating purpose: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at para. 81, *per* Iacobucci J. This Court has clearly established that the principle against self-incrimination finds residual expression under s. 7: *Thomson Newspapers, supra*; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 577, *per* Lamer C.J.; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 256, *per* Lamer C.J.; *S. (R.J.)*, *supra*; *Branch, supra*; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417.

[Emphasis added]

117 By contrast, the Applicant relies on the decision of Lamer J. (as he then was) in *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)*, [1985] 2 S.C.R. 486 (S.C.C.), at 515-516 to argue that a penalty less than imprisonment might attract s. 7 protection:

I would not want us to be taken by this conclusion as having inferentially decided that absolute liability may not offend s. 7 as long as imprisonment or probation orders are not available as a sentence. The answer to that question is dependent upon the content given to the words "security of the person". That issue was and is a live one. Indeed, though the question as framed focuses on absolute liability (s. 94(2)) in relation to the whole Charter, including the right to security of the person in s. 7, because of the presence of mandatory imprisonment in s. 94(1) only deprivation of liberty was considered....

118 While I detect, from a reading of this passage in isolation, a faint glimmer of the Applicant's argument that s. 7 may apply where there is, as in this application, no imprisonment for a contravention, the Court's use of *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act (British Columbia)* in *R. v. Jarvis* tends to rebut that. Indeed, the Court in *R. v. Jarvis* also cited *Reference re ss. 193 & 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Canada)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (S.C.C.), where Dickson C.J.C. held at 1140:

There are two components of s. 7 that must be satisfied before finding a violation. First, there must be a breach of one of the s. 7 interests of the individual — life, liberty or security of the person. Second, the law that is responsible for that breach must be found to violate the principles of fundamental justice. With respect to the first component, there is a clear infringement of liberty in this case given the possibility of imprisonment contemplated by the impugned provisions.

[Emphasis added]

119 The City and the auditor take particular comfort from *Reference re ss. 193 & 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Canada)*, which appears to limit s. 7 protected interests. They say that at best Ms. Jackson's interest is an economic one (that is her income from the position of mayor), and the right to exercise a chosen profession is not protected by s. 7. I find that such a narrow characterization seriously understates the impact of a prosecution and conviction on a municipal politician.

120 While I am sympathetic to the Applicant's submission that the vocation of a politician is more than a mere economic interest, in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307 (S.C.C.), the Supreme Court found that, in the

case of a disgraced politician arguing that delay caused him harm, the impugned state action "must have had a serious and profound effect on the respondent's psychological integrity" to breach s. 7. (para. 81)

121 The Court in *Jarvis* held, at para. 64, that: "For present purposes, where ss. 7 and 8 of the *Charter* are at issue, it is instructive to note both that the requirements of fundamental justice relevant to the former section 'are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked.'" Even so, the cases about s. 7 evoke an "on/off switch" metaphor.⁶ This approach to s. 7 echoes throughout the careful distinction the Court makes in *Jarvis* between "regulatory penalties" and "administrative penalties," on the one hand, which do not attract s. 7 protection, and "penal liability," on the other hand, which does. This distinction emerges at the outset in para. 2:

Ultimately, we conclude that compliance audits and tax evasion investigations must be treated differently. While taxpayers are statutorily bound to co-operate with CCRA auditors for tax assessment purposes (which may result in the application of regulatory penalties), there is an adversarial relationship that crystallizes between the taxpayer and the tax officials when the predominant purpose of an official's inquiry is the determination of penal liability. When the officials exercise this authority, constitutional protections against self-incrimination prohibit CCRA officials who are investigating ITA offences from having recourse to the powerful inspection and requirement tools in ss. 231.1(1) and 231.2(1). Rather, CCRA officials who exercise the authority to conduct such investigations must seek search warrants in furtherance of their investigation.

And see also para. 89.

122 This logic underpins the *Jarvis* decision. The Court repeats an earlier finding that the ITA is "essentially a regulatory statute" (para. 48). At paras. 50 and 55, the Court explains that penalties are part of the regulatory scheme, as is an audit system:

While voluntary compliance and self-assessment comprise the essence of the ITA's regulatory structure, the tax system is equipped with "persuasive inducements to encourage taxpayers to disclose their income": Krishna, *supra*, at p. 767. In this connection, Krishna writes at p. 772, the "system is 'voluntary' only in the sense that a taxpayer must file income tax returns without being called upon to do so by the Minister". For example, in promotion of the scheme's self-reporting aspect, s. 162 of the ITA creates monetary penalties for persons who fail to file their income returns. Likewise, to encourage care and accuracy in the self-assessment task, s. 163 of the Act sets up penalties of the same sort for persons who repeatedly fail to report required amounts, or who are complicit or grossly negligent in the making of false statements or omissions

...

To be effective, self-enforcing regulatory schemes require not only resort to adequate investigation, but also the existence of effective penalties.... To this end, s. 238(1) sets out a summary conviction offence that is triggered by non-compliance with the filing requirements or with other of the Act's provisions — including ss. 231.1(1) and 231.2(1), and the documentary retention rules imposed by s. 230(1). Section 238's purpose is inherently pragmatic or instrumental: the offence exists "not to penalize criminal conduct but to enforce compliance with the Act". [Internal citations omitted]

123 It is instructive to note that while the Court in *Jarvis* treats s. 238 of the ITA as part of the regulatory regime, the section does contain a penalty of imprisonment for failure to cooperate with an audit.

124 The Court's focus in *Jarvis*, however, is on s. 239 of the ITA, which creates the more serious offences that "carry rather significant penalties" (para. 56) and which "are no trifling matter as this provision bears at least the formal hallmarks of criminal legislation, namely, prohibitions coupled with penalties. They may be prosecuted upon indictment, and conviction can carry up to five years' incarceration. It is because of these factors that the penal sanctions in s. 239 are, in certain contexts, referred to as 'criminal'." (para. 59)

125 Taking the same approach to the MEA, it seems plain that the audit/prosecution process, which is aimed at securing compliance with the rules concerning election campaign finances, is regulatory in nature and the penalties associated with contraventions are "regulatory penalties" or "administrative penalties" within the rubric of *Jarvis*. By contrast, prosecution under the MEA for "corrupt practices" would be the provincial quasi-criminal analogue of a prosecution under s. 239 of the ITA. On this logic s. 7 of the *Charter* is not engaged by the prosecution of Ms. Jackson for contraventions of the election campaign finance rules under s. 81 (10) of the *Act* since imprisonment is not involved.

126 Accordingly, on the first sub-issue I find that the audit/prosecution process under s. 81 of the MEA does not engage the protections in s. 7 of the *Charter*. The prosecution is not criminal or quasi-criminal but regulatory, and the interests affected are not understood by the law to constitute a protected aspect of "life, liberty and security of the person."

(b) *Second Sub-issue; Based on the reasoning in Jarvis, does the audit/prosecution process under section 81 of the MEA breach section 7 of the Charter because the predominant purpose under the MEA is the investigation of an alleged contravention?*

127 Despite my ruling on the first sub-issue, I turn now to consider the second sub-issue.

128 The Applicant argues that "clearly by the reference to 'apparent contravention' but also substantively, the predominant purpose of the compliance audit under the MEA in the case at bar is the investigation of an alleged contravention." The Applicant cites *Nelles v. Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210 (Ont. C.A.) for the proposition that a "public inquiry is not the means by which investigations are carried out with respect to the commission of particular crimes." (page 216) She urges me to apply these words with necessary modifications to the actions of the auditor.

129 The Applicant argues that the scheme in s. 81 of the MEA effectively merges the audit and investigative functions. This means that the entire compliance audit/prosecution process under the MEA is unconstitutional. The Applicant draws particular support from paras. 88 and 98 of the *R. v. Jarvis* decision:

In our view, where the predominant purpose of a particular inquiry is the determination of penal liability, CCRA officials must relinquish the authority to use the inspection and requirement powers under ss. 231.1(1) and 231.2(1). In essence, officials "cross the Rubicon" when the inquiry in question engages the adversarial relationship between the taxpayer and the state. There is no clear formula that can answer whether or not this is the case. Rather, to determine whether the predominant purpose of the inquiry in question is the determination of penal liability, one must look to all factors that bear upon the nature of that inquiry.

...

In summary, wherever the predominant purpose of an inquiry or question is the determination of penal liability, criminal investigatory techniques must be used. As a corollary, all *Charter* protections that are relevant in the criminal context must apply.

This means (para. 96):

...with respect to s. 7 of the *Charter*, when the predominant purpose of a question or inquiry is the determination of penal liability, the "full panoply" of *Charter* rights are engaged for the taxpayer's protection. There are a number of consequences that flow from this. First, no further statements may be compelled from the taxpayer by way of s. 231.1(1) (d) for the purpose of advancing the criminal investigation. Likewise, no written documents may be inspected or examined, except by way of judicial warrant under s. 231.3 of the ITA or s. 487 of the *Criminal Code*, and no documents may be required, from the taxpayer or any third party for the purpose of advancing the criminal investigation. CCRA officials conducting inquiries, the predominant purpose of which is the determination of penal liability, do not have the benefit of the ss. 231.1(1) and 231.2(1) requirement powers.

130 In *Jarvis*, the Supreme Court, at para. 94, set out a list of factors that the Applicant submits apply with necessary modifications to the audit/prosecution process under the MEA:

In this connection, the trial judge will look at all factors, including but not limited to such questions as:

- (a) Did the authorities have reasonable grounds to lay charges? Does it appear from the record that a decision to proceed with a criminal investigation could have been made?
- (b) Was the general conduct of the authorities such that it was consistent with the pursuit of a criminal investigation?
- (c) Had the auditor transferred his or her files and materials to the investigators?
- (d) Was the conduct of the auditor such that he or she was effectively acting as an agent for the investigators?
- (e) Does it appear that the investigators intended to use the auditor as their agent in the collection of evidence?
- (f) Is the evidence sought relevant to taxpayer liability generally? Or, as is the case with evidence as to the taxpayer's *mens rea*, is the evidence relevant only to the taxpayer's penal liability?
- (g) Are there any other circumstances or factors that can lead the trial judge to the conclusion that the compliance audit had in reality become a criminal investigation?

It should also be noted that in this case we are dealing with the CCRA. However, there may well be other provincial or federal governmental departments or agencies that have different organizational settings which in turn may mean that the above factors, as well as others, will have to be applied in those particular contexts.

[Emphasis added]

131 It seems to me that the Applicant's logic proceeds on a false premise. The purpose of the compliance audit is to determine whether a candidate has complied with the requirements of the MEA. The process is part of the regulatory structure, particularly the enforcement mechanism. If there is a contravention, however, a prosecution is not automatic. That must be assessed by municipal council in accordance with the principles of administrative law discussed earlier. In short, the predominant purpose of the compliance audit is not to determine any penal liability, assuming that the penalties under the MEA are penal and not regulatory.

132 The Applicant also argues, based largely on the reasoning of the Supreme Court in *R. v. Jarvis*, that if prosecution is the only available remedy when a compliance audit reveals an apparent contravention of the *Act*, then: "the auditor is not conducting a compliance audit but rather an investigation into the liability to prosecution and is so doing with inspection and requirements powers under which the Applicant is statutorily compelled to give information." This is said to breach the Applicant's s. 7 *Charter* rights against self-incrimination.

133 On the interpretation of the *Charter* generally and s. 7 specifically, the Court has adopted a contextual approach, holding in *Jarvis* that: "[t]he scope of a particular *Charter* right or freedom may vary according to the circumstances" (para. 63). The Court also held, at para. 64, that: "context will determine the expectation of privacy that one can reasonably expect the latter section [s. 8] to protect."

134 It is important to recall that under the MEA there are precise disclosure requirements placed on candidates that are set out in the *Act* and collected in the prescribed forms for both the campaign financial statement (form 4) and the candidate's auditor's report (form 5). These are public documents, and contain detailed information about the candidate's spending limits, contributions and contributors, expenses subject to the spending limit and those not so subject, surplus or deficit, and the inventories of campaign goods and materials contributed and those left over at the end of the campaign. The compliance audit under the MEA is largely aimed at assessing the accuracy and veracity of the public reports. By s. 81 (8)(b) of the MEA the auditor is given the inspection and requirement powers under Part II of the *Public Inquiries Act*, R.S.O. 1990, c. P.41. Section 7 of that Act gives the auditor the power to summon witnesses to give evidence under oath or to produce relevant documents, while s. 9 gives protection against self-incrimination.

135 As the compliance audit report explained:

1.19 Our compliance audit procedures included the following general procedures, addressing both the issues raised by the applicants and other issues identified by the candidate or through our audit procedures:

- (1) Contributions: An analysis of the lists of contributors in order to identify possible apparent contraventions and communications with selected contributors in relation to possible ineligible contributions;
- (2) Financial Statements: A review of the Financial Statements and related supporting documents and evaluation of the appropriateness of financial reporting, including the allocation of expenses between those subject to, and not subject to, limitations; and

(3) Expenses: A detailed review of certain expenses, including obtaining information from third parties for selected expense items and reviewing completeness of expenses in order to determine the likelihood of unreported contributions in kind.

136 It is fair to say that no one who participates in a municipal election campaign has any reasonable expectation of confidentiality concerning any of the matters required to be reported by the MEA.

137 I consider here the factors referred to in *Jarvis*. First, the audit was triggered by a complaint and not by any sense on the part of the "authorities" that there had been a contravention of the municipal election campaign finance rules. Second, the general conduct of the process was not "consistent with the pursuit of a criminal investigation". It was, rather, an investigation into whether there had been an "apparent contraventions" of the election campaign finance rules. Third, since the prosecution had not been initiated at the time of the audit, the conduct of the auditor was not as agent for the prosecutor, although ultimately the information obtained by the auditor would be transferred to the prosecutor. Fourth, the auditor was not after information that addressed the Applicant's *mens rea*, but only apparent compliance with the campaign finance rules. Fifth, since the entire audit process was regulatory in nature, there is no basis for concluding that the compliance audit had become a criminal investigation.

138 In *Jarvis* the Court considered the "principle against self-incrimination" in the context of "statutorily compelled" information at para. 68:

In giving expression to this principle, however, s. 7 does not envelop an abstract and absolute rule that would prevent the use of information in all contexts in which it is statutorily compelled. A court must begin "on the ground", with a concrete and contextual analysis of all the circumstances, in order to determine whether or not the principle against self-incrimination is actually engaged. This analysis necessarily involves a balancing of principles. One must, in assessing the limits on compellability demanded by the principle against self-incrimination, consider the opposing principle of fundamental justice suggesting that relevant evidence should be available to the trier of fact in a search for truth. These competing interests will often be brought to the foreground in regulatory contexts, where the procedures being challenged have generally been designed (and are employed) as part of an administrative scheme in the public interest. As the Court stated in *White*, at para. 48:

In some contexts, the factors that favour the importance of the search for truth will outweigh the factors that favour protecting the individual against undue compulsion by the state. This was the case, for example, in *Fitzpatrick supra*, where

the Court emphasized the relative absence of true state coercion, and the necessity of acquiring statements in order to maintain the integrity of an entire regulatory regime. In other contexts, a reverse situation will arise, as was the case, for example, in *Thomson Newspapers, supra*, *S. (R.J.), supra*, and *Branch, supra*. In every case, the facts must be closely examined to determine whether the principle against self-incrimination has truly been brought into play by the production or use of the declarant's statement. [Some internal citations omitted]

139 The case of *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154 (S.C.C.) is most instructive. The appellant was the captain of a vessel licensed for the regulated commercial groundfish fishery in British Columbia. He was charged with overfishing. The Crown sought to admit into evidence the fishing logs and hail report made by the appellant, which all fishermen are required to maintain and provide. The trial judge excluded the documents on the grounds that they were self-incriminatory.

140 Justice La Forest used a contextual analysis to find that the right against self-incrimination was not violated. He found two factors to be critical: "First, the information provided in this case was not provided 'in a proceeding in which the individual and the state are adversaries'. Instead, it was provided in response to a reasonable regulatory requirement relating to fishery management." (para. 34) He added: "In my view, the lack of adversarial relationship between the individual and the state at the time the hail reports and fishing logs are statutorily compelled is an important basis upon which to conclude that the principle against self-incrimination is not engaged in this case." (para. 36)

141 La Forest J. held: "Second, the 'coercion' imposed on the appellant is at best indirect, for it arose only after he had made a conscious choice to participate in a regulated area, with its attendant obligations." (para 34) He added: "Surely it defies common sense to argue that the state, in seeking to regulate the commercial fishery by attaching certain conditions to a fishing licence, is coercing an individual to furnish information against himself." (para 42)

142 La Forest J. concluded that neither of the fundamental purposes for the principle against self-incrimination were engaged, being the need to protect against unreliable confessions, and the need to guard against the abuse of power by the state. Concerning the latter he said: "I cannot see how it can be said to be abusive for the state to prosecute overfishing on the basis of the true returns it requires fishers to fill out as a condition of their voluntary participation in the commercial fishery." (para 46)

143 Finally, La Forest J. brought in aid of his approach by analogy the Court's jurisprudence under s. 8 of the *Charter* concerning unreasonable search and seizure, noting that: "a decreased expectation of privacy exists respecting records that are produced during the ordinary course of business ... The documents should not be equated to involuntary

confessions to investigators, reflecting as they do instead the voluntary compliance by commercial fishers with the statutory requirements of the regulated fishing regime." (para. 49)

144 The Court's logic in *Fitzpatrick* applies, with necessary modifications, to the MEA. The public interest in the regulation of municipal elections is well explained in the cases referred to earlier in these reasons. Ms. Jackson's familiarity with the rules of campaign finance, as a third time candidate, is manifest, and she made a voluntary and informed decision to participate. Her knowledge of the statutory scheme for a compliance audit and possible prosecution of contraventions may safely be assumed, if not expected. The documents required by the MEA are meant to be public, much more so than the income tax receipts in *Jarvis* or the fishing records in *Fitzpatrick*. There is no expectation of privacy, an element that I find to be relevant to the s. 7 analysis. One cannot assert a right against self-incrimination - the distribution of information against one's interest — when that person has already effectively consented to its release by participation in the regulatory process that demands that the information be available to the public. It is only where the predominant purpose changes to assembling a case for conviction and *imprisonment* that the interests shift.

145 Assuming that a prosecution under the MEA is covered by s. 7 of the *Charter*, I find therefore that the auditor's access to documents and witnesses in a compliance audit does not violate Ms. Jackson's freedom from self-incrimination, as understood by the cases.

146 Accordingly, on the second sub-issue, I find that the audit/prosecution process does not have the predominant purpose of determining any penal liability, and that the disclosure obligations would not, in any event, violate the protection against self-incrimination. Consequently, s. 7 is not breached on these grounds.

(d) *Third sub-issue: Based on the reasoning in Jarvis, is the auditor prevented from continuing the audit after City Council decided to prosecute on June 24, 2008?*

147 In relation to the third sub-issue, The Applicant argues that once the City decided to prosecute under s. 81 (10) of the MEA, any further investigation by the auditor was foreclosed, since the Rubicon had been crossed and the auditor was constitutionally prevented from continuing with the audit.

148 In this respect, particular issue was taken with a reservation in the compliance audit report:

1.4 As part of the compliance audit we requested documentation from third parties, including certain contributors, the Bank of Montreal, the Toronto Star, CHIN Radio, NAM, Flags Unlimited, and the Venetian banquet and Hospitality Centre. Not all of the requested information has been provided as of the date of this Report. Accordingly, we

reserve the right to issue a supplementary report should we obtain additional information from third parties concerning possible apparent contraventions of the Act.

[Emphasis in original]

149 I point out that there was no compulsion on the auditor to file the report in an incomplete form. The auditor could have waited until the report was complete before issuing it. The City, however, was obliged by s. 81 (10) to consider the report, once received, within thirty days. The filing of the report by the auditor, even though it was incomplete, was the trigger.

150 In reliance on the reservation in the report, the auditor issued summonses to two individuals after the submission of the report to Council. These summonses have been placed in abeyance while this matter is being litigated. The Applicant takes the position that it is inappropriate for the auditor to continue work in these circumstances.

151 Ms. Erskine, for the auditor, argues that the auditor is never an investigator in the sense contemplated by *Jarvis*. The auditor's report is a neutral document that ought to be completed. It stands on its own as a public record. Ms. Erskine submits that the auditor is never in an adversarial position. There is no objection, according to *Jarvis* at paragraph 97, to parallel processes. She submits that it is not the auditor's function to address the "mental element" or "*mens rea*"; this is specifically addressed in s. 92 (5) and (6) of the MEA and is to be assessed by the prosecutor in framing the prosecution and ultimately by the Court hearing the case.

152 In *Jarvis* the Supreme Court noted that the requirements of fundamental justice "are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked" (para. 63), but I noted that there was little sign of this variability in the jurisprudence. In *Blencoe, supra*, the Supreme Court held that: "Section 7 can extend beyond the sphere of criminal law, at least where there is 'state action which directly engages the justice system and its administration.'" (para. 46) In *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 S.C.R. 429 (S.C.C.) at para. 77 the Supreme Court said: "the dominant strand of jurisprudence on s. 7 sees its purpose as guarding against certain kinds of deprivation of life, liberty and security of the person, namely, those 'that occur as a result of an individual's interaction with the justice system and its administration.'"

153 It is plain that once a prosecution trader the MEA has commenced, in the words of *Jarvis*, "the inquiry in question engages the adversarial relationship." (para. 88) In *Jarvis* at para. 94, the Supreme Court listed factors assessing whether the predominant purpose of an audit is prosecutorial; these factors apply, with necessary modifications, to the MEA. In the same paragraph, *Jarvis* also makes it clear that its logic applies to regulatory enactments

including those of the province. See, for example, *R. v. Inco Ltd.* (2001), 54 O.R. (3d) 495 (Ont. C.A.).

154 Consistent with the underlying purpose of s. 7 of the *Charter* and giving due recognition to its variable nature, I therefore agree with the Applicant that once the City decided to proceed with the prosecution, relying on the compliance audit report, the Rubicon was crossed, and the adversarial relationship between the Applicant and the municipality came into being. While at one level the auditor is a neutral and independent third party, at another level the auditor is an investigator being paid by the City. Under the *Jarvis* principles, the use of the auditor's powers respecting the Applicant personally after the City's decision to prosecute would violate the Applicant's *Charter* rights. Once the City decided to pursue prosecution of the Applicant, and notwithstanding the reservation in the compliance audit report, the auditor's mandate in relation to the Applicant was exhausted and he had no further authority to proceed.

Conclusion on Issue Two: Ms. Jackson's Right Against Self-incrimination Under s.7 of the Charter

155 The audit/prosecution process under the MEA does not engage s. 7 of the *Charter*. It does not have the predominant purpose of determining penal liability. The disclosure obligations do not violate the protection against self-incrimination under s. 7 of the *Charter*. I find however, that the use of the auditor's powers respecting the Applicant personally after the City's decision to prosecute would violate the Applicant's *Charter* rights.

3. Precipitous Actions and Bad Faith on City Council's Part

156 The Applicant argues that the By-laws passed by the City leading to the decision to prosecute in By-law 205-2008 and the subsequent By-law 228-2008 confirming previous Council actions were all passed in bad faith and therefore are subject to being quashed under ss. 272 and 273 of the *Municipal Act, 2001*.

157 In oral argument, Mr. Manning was at pains to say that his bad faith complaint was about non-compliance with the relevant elements of the statutory context. He was not, he advised, impugning the integrity of the Councillors, but was instead saying that they were using their power for an improper purpose, one for which it had not been designed, citing *Equity Waste Management of Canada Corp. v. Halton Hills (Town)* (1997), 35 O.R. (3d) 321 (Ont. C.A.) and *H.G. Winton Ltd. v. North York (Borough)* (1978), 20 O.R. (2d) 737 (Ont. Div. Ct.). In his factum he stated:

A finding of bad faith does not require any wrongdoing on the part of any council members, but only that council acted unreasonably and arbitrarily in the circumstances without the degree of fairness, openness and impartiality required of a municipal

government. Bad faith by a municipality connotes a lack of candour, frankness and impartiality. It includes arbitrary or unfair conduct by the municipality, usually marked by unfairness, partiality, secretiveness, unreasonableness, improper motives, oppression, fraud or the absence of procedural fairness.

These last sentences do raise issues about the integrity of the Councillors, especially the references to unfairness and impartiality.

(a) Impartiality and Bias

158 I note that Mr. Manning did not use the term "bias" in his main factum, his supplementary factum, his factum seeking to admit the Frustaglio compliance audit report as fresh evidence or in the further submissions that he filed relating the effect of the Frustaglio report on the vagueness issue. Nor did Ms. Jackson use the term in either of her affidavits. His diffidence signals his awareness that an allegation of bias is extremely serious on the one hand, and his concern that the facts in this case do not support such an allegation or finding, on the other hand. But I do not know how else to characterize his argument about partiality.

159 In his factum, Mr. Manning made two assertions about partiality in noting that "Council treated the Applicant differently from Councillor Alan Shefman who was excused for late filing, as he was allowed to retain his seat even though he would have faced losing his seat under the provisions of the MEA", and "Council denied requests for compliance audits on Regional Councillor Rosati and Councillor Carella based solely on corporate searches, even though these did not prove or disprove corporate association". He did not pursue these references in oral argument. Differential treatment does not necessarily imply bias or discrimination.

160 In his factum on the fresh evidence motion, Mr. Manning asserted:

Notwithstanding the finding in the Frustaglio report that Councillor Frustaglio breached the provisions of the MEA, Council for the City of Vaughan treated the breaches by her in a manner different from that of the moving party. While the City of Vaughan decided to prosecute the moving party, the City relied on the manner of interpretation and application of the MEA by LECG to allow Councillor Frustaglio to be reprimanded and to make amends for her breaches by a donation to charity.

161 I decline Mr. Manning's implicit invitation to find that City Council was biased against Ms. Jackson, or that it favoured the other Councillors referred to. The Applicant has not proven the existence of bias on the part of City Council, so it cannot form a support for his argument that City Council acted in bad faith.

162 There are some differences between the Jackson compliance audit report and the Frustaglio compliance audit report. I set out below some excerpts from the Frustaglio report:

2.1 The candidate and her campaign team cooperated with the compliance audit and provided us with all requested information....

2.4 The financial statements for Joyce Frustaglio's election campaign did not properly disclose complete addresses for 2006 contributors and did not disclose the correct contributor names for many of the 2006 contributors. We accept the candidate's explanation that this occurred as a result of unintentional mistakes in finalizing the financial statements, with the external accountants printing incorrect columns in an electronic spreadsheet containing contributor details and including the inaccurate listing in the financial statements.

163 Concerning this last comment, Mr. Manning noted in his factum: "Notwithstanding a limited statutory mandate requiring only an 'outlining' of 'any apparent contravention by the candidate' the auditors have arrogated to themselves power to either accept or reject a candidate's explanation for the actual contravention of the Act and, if they determined it was the result of an unintentional mistake, to excuse that contravention." I reject this complaint. It seems to me to be common sense that the auditor should identify those matters that appear to be simple calculation or other mistakes rather than outright "apparent contraventions". It is up to the Council and the prosecutor to determine how a particular matter will be addressed in terms of a prosecution under s. 81 (10) of the MEA.

164 The expectation is that a candidate will cooperate with the audit. In this case, the compliance audit report noted that Ms. Jackson and her campaign manager, Mario Campese, initially cooperated but then stopped:

6.2 Although we received cooperation from Linda Jackson and Mario Campese throughout the course of our compliance audit, part way through our June 7, 2008 interview of Mr. Campese he refused to answer further specific questions. He advised us to issue our report without obtaining responses to our questions. Had we received responses to our questions, and questions we had yet to ask, we may have been provided additional information relevant to this Report.

165 It is not known whether a completed review of the facts and circumstances behind the Jackson report would have disclosed inadvertent errors. Whether some of the apparent contraventions would have been re-characterized as errors after further discussion between the auditors and the Jackson campaign team is in the range of speculation given that cooperation was discontinued.

166 The Frustaglio report states:

3.30 In our opinion the contributions from the two corporations are not apparent contraventions of the Act. However, based on the information provided by Phillip and Angelo Locilento and the information on the cheques, the two payments should have been recorded as personal contributions in the Financial Statements. In our opinion, this is an apparent financial reporting contravention of paragraph 69(1) (f) of the Act, which requires that the candidate obtain a contributor's name and address, and Section 78 of the Act, which requires that the Financial Statement "*be in the prescribed form*".

[Emphasis in original]

167 Concerning this discussion, the Applicant complains that: "The auditors were of the opinion that contributions from two corporations 'are not apparent contraventions of the Act', but then found that there was 'an apparent financial accounting contravention' of the Act."

168 Taking the disputed paragraph as a whole, it is clear why the auditors took the position that they did; the failure was not in detecting the relationship between the corporations, but in how the contribution was documented in the Financial Statements. This was not an objectionable conclusion.

169 A similar analysis can be made of the other complaints raised by the Applicant about the Frustaglio report. I find that the complaints taken individually or cumulatively are not significant. Moreover, they do not lead me to conclude that the auditors were biased against Ms. Jackson or biased in favour of Ms. Frustaglio. Facts and circumstances concerning each campaign were different and the differences are fairly reflected in the compliance audit reports.

(b) *The Other Elements of Bad Faith*

170 The elements of bad faith alleged by the Applicant in her factum include: "[t]he by-law being pushed through with inordinate speed," and other specifics set out in the succeeding paragraphs.

171 Mr. Manning alleges that bad faith is shown by the Council in the case at bar in commencing legal proceedings in an arbitrary manner without proper considerations. This is a restatement of the complaints dismissed elsewhere in these reasons for decision.

172 The Applicant asserts that Ken Froese was appointed under s. 81 (5) of the MEA along with Glen R. Davison C.A. of LECG Canada Limited, but was not licensed when he prepared the compliance audit report as required by s. 81 (6) of the MEA, because the professional

credentialing of auditors had changed in the meantime. The evidence was, however, that Mr. Froese and Mr. Davison both signed the compliance audit report. Mr. Davison was at all material times duly licensed under the *Public Accounting Act, 2004*, in accordance with the requirements of s. 81 (5) of the *Act*. I am satisfied that the auditors and the report met the qualifications requirements of the MEA.

173 The Applicant alleges that the appointment of Ken Froese was contrary to the procedural by-law of the City regarding Requests for Proposal. I rejected this complaint earlier.

174 The Applicant alleges that Ken Froese exceeded the terms of the audit ordered by Justice Favret, including resting his report on affidavit evidence that Justice Favret rejected. I ruled earlier that the auditor was not limited to the grounds found reasonable by an Ontario Court judge on an appeal under s. 81 (3.3).

175 The Applicant alleges that there is no authority for the joining of an audit ordered by Justice Favret with a second audit requested by Quintino Mastrogiosseppe, including no reasonable grounds for belief in contravention or by law to confirm the requested compliance audit. The introduction to the compliance audit report notes that it relates to two financial statements, being the financial statements for the period of April 6, 2006, to December 31, 2006, which was ordered to be audited by Justice Favret, and the financial statement for the period of April 6, 2006, to December 31, 2007, which City Council determined should be audited upon application by Mastrogiosseppe and Ruffolo. There is nothing in the MEA that prevents Council from joining the audits and, since there would inevitably be considerable overlap, there was efficiency in doing so. The application for the second audit was exhaustively reviewed in the report of the Commissioner of Legal and Administrative Services and the City Solicitor dated March 31, 2008. The grounds are substantially similar to those upheld by Justice Favret. Accordingly, this objection has no validity.

176 The Applicant alleges that the final report based alleged contraventions of the Act on criteria not found in statute or the guide and on personal opinion and conjecture. This is a restatement of the complaints dismissed under Issue One.

177 The Applicant alleges that Council ordered the laying of charges against the Applicant, naming Timothy Wilkin as the independent prosecutor, based on a preliminary and incomplete audit report and, in so doing, set aside the usual municipality practices and procedures. I reject this complaint; Council was obliged by s. 81 (10) of the MEA to deal with the compliance audit report in the form in which it was filed.

178 The Applicant alleges that Council passed the by-law having received and considered the legal advice of Timothy J. Wilkin on June 24, 2008, which advice was illegally received at a meeting that was held in the absence of any "emergency".

179 As noted, at its regularly scheduled meeting on June 23, 2008, Council moved to schedule a special meeting for June 24, 2008, for the purpose of dealing with the compliance audit report, and that the requirements for forty-eight hours notice be waived. Although section 4.2 of the City's procedure by-law permits a meeting to be held on less than forty-eight hours notice in circumstances of emergency, Mr. Lord advised that this extension occurred under section 2.2, which provides that the "rules and regulations contained herein may be suspended by a two-thirds vote of the Members of Council ... present at the meeting...." He advised that this was customary when Council could not complete all of its business at the regular meeting, and conceded that this was not an emergency situation.

180 Mr. Lord relies on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Howard v. Toronto (City)*, [1928] 1 D.L.R. 952 (Ont. C.A.), at 965:

Procedure is a matter of internal regulation of business, and in the absence of statutory obligation, the council is at liberty to alter or suspend the ordinary procedure.... It is well-settled that failure to conform with the rules of procedure of municipal council does not invalidate a by-law passed by it.... The Court cannot prescribe a procedure to be adopted by the council, and cannot quash a by-law for error in procedure, except in cases where there has been a failure to observe the formalities (by way of notice or otherwise) prescribed by the statute as a condition precedent to the exercise of its powers or unless the proceedings are so inequitable and unfair as to evidence of fraudulent misuse by the council of its powers.

181 I am unable to say in the circumstances that the proceedings were inequitable, unfair, or a fraudulent misuse of Council's powers. A meeting on June 24, 2008, occurred with full and complete notice to all involved.

(c) Conclusion on Issue Three; Precipitous Actions and Bad Faith on City Council's Part

182 In all of the circumstances I find that the evidence does not support the Applicant's allegations of capricious behaviour, corrupt motivation, bias, bad faith or otherwise unlawful action, response or purpose by the Council.

4. Are the By-laws Illegal on Municipal Law Grounds?

183 Ms. Jackson asks this court to quash By-law 205-2008 and confirming By-law 228-2008, as being illegal and ultra vires on municipal law grounds. The complaint is that "Council did not enact specific confirming By-laws authorizing the conduct of a compliance audit into alleged contraventions of the MEA, ... [and] never passed specific conferring By-laws authorizing... the laying of charges in relation to the apparent contraventions." This is

said to be contrary to s. 5 of the *Municipal Act, 2001*, which results in "there being no valid corporate act."

184 Ms. Jackson's affidavit takes a similar approach to the issues it raises under this rubric, so for convenience I will quote and address only one reference, by way of example:

At no time did Council pass a specific Bylaw authorizing the Acting Head of Council and the proper officers of the City to do all things necessary to give effect to the issuance of a request for proposal for an auditor to conduct a compliance audit in relation to my campaign finances. The only confirming Bylaw passed by the Council on February 25, 2008, was one signed by myself and Sybil Fernandes, Deputy City Clerk confirming the proceedings of Council in relation to matters that I did not have an interest in.

I am informed by my counsel Morris Manning, Q.C., and verily believe that as a result of the failure of the Council to pass a specific Bylaw authorizing the issuance of a request for proposal for an auditor to conduct a compliance audit in relation to my campaign finances the appointment of the auditors Ken Froese of LECG Canada Ltd. and Glen R. Davison was made illegally.

185 Considering the substance of the paragraphs from Ms. Jackson's affidavit quoted above, it is necessary to look at the standard language of the confirming by-laws. By-law 55-2008 deals with the issuance of a request for proposal for an auditor to conduct the compliance audit. It states:

A By-law to confirm the proceedings of Council at its meeting on February 25, 2008.

The Council of The Corporation of the City of Vaughan ENACTS AS FOLLOWS:

1. THAT the actions of the Council at its meeting held on February 25, 2008 with respect to each recommendation contained in the Meeting Agenda of that date and in respect to each motion, resolution and other action taken by the Council at the said meeting, subject to all approvals required by law, are hereby adopted, ratified and confirmed.

2. THAT the Head of the Council or the Acting Head of the Council and the proper officers of the Municipality are hereby authorized and directed to do all things necessary to give effect to the said motions, resolutions and other actions and to obtain approvals where required, and, except where otherwise provided, the Head or Acting Head of the Council the Clerk and/or Treasurer are hereby authorized to execute all documents necessary in that behalf, and the said Clerk is hereby authorized and directed to affix the corporate seal of the Municipality to all such documents.

186 The Minutes to which the By-law refers contain the following:

Item 23, Report No. 9, of the Committee of the Whole, which was adopted, as amended, by the Council of the City of Vaughan on February 25, 2008, as follows:

By approving the confidential recommendations of the Committee of the Whole (Closed Session) meeting of February 25, 2008;

By approving the following contained in the additional report of the Commissioner of Legal and Administrative Services and City Solicitor, dated February 25, 2008:

The Commissioner of Legal and Administrative Services and City Solicitor in consultation with the City Manager and Deputy City Manager and Commissioner of Finance and Corporate Services recommend that Council direct that a Request for Proposal be issued for an auditor to conduct a compliance audit pursuant to section 81(6) of the Municipal Elections Act, 1996 in regard to the 2006 Municipal Election Campaign finances of Mayor Linda D. Jackson.

[Emphasis in original]

187 A similar pattern is found in the other by-laws and reports.

188 I find there to be no lack of clarity in the words of the By-law and the report to which it refers. I agree with Mr. Lord's submission, stated with some asperity, that: "[t]here is no basis in law, that every decision, even administrative decisions, made by a municipal council, involving actions such as instructing staff in the performance of their duties and receiving legal advice, requires the enactment of a by-law by the Council."

189 Section 5 of the *Municipal Act, 2001* provides:

5. (1) The powers of a municipality shall be exercised by its council.

(2) Anything begun by one council may be continued and completed by a succeeding council.

(3) A municipal power, including a municipality's capacity, rights, powers and privileges under section 9, shall be exercised by bylaw unless the municipality is specifically authorized to do otherwise.

(4) Subsections (1) to (3) apply to all municipal powers, whether conferred by this Act or otherwise.

190 On behalf of the City, Mr. Lord submits that each decision of the City Council questioned in these proceedings was duly ratified, confirmed and assumed by the City in

each successive decision, up to and including the decision by the Council to respond to these proceedings. The evidence shows that Council made all of the decisions in question by resolution, and in fact did confirm each decision by a confirmatory by-law duly enacted by vote by a quorum of the members representing all of the members of Council qualified to vote on the original matter; this includes By-law 205-2008 authorizing the prosecution and confirming Bylaw 228-2008.

191 Single, specific, confirming by-laws are lawful: *Atkinson v. Metropolitan Toronto (Municipality)* (1976), 12 O.R. (2d) 401 (Ont. C.A.), at 409. A municipality has the power to ratify, by by-law, any previous decision lawfully made and without a time limit where, as here, there is no deprivation of a previous private right such as to litigate damages: *Mackay v. Toronto (City)* (1917), 39 O.L.R. 34 (Ont. H.C.), per Middleton J., at 46; *Walker v. Ontario (Minister of Housing)* (1982), 37 O.R. (2d) 325 (Ont. Div. Ct.), page 330.

192 I have found no evidence that City Council breached its own procedural by-law, but failure by a council to conform with its own rules does not in any event invalidate in any way a by-law passed by the Council: *Howard v. Toronto (City)*, *supra*. This ground of complaint has no merit.

193 I pause to address one lurking issue. The standard line that, by her signature, Ms. Jackson was only "confirming the proceedings of Council in relation to matters that [she] did not have an interest in" appears throughout the affidavit. This qualification was undoubtedly added to address the possibility that by signing, Ms. Jackson was contravening s. 5 of the *Municipal Conflict of Interest Act*. This section forbids the involvement of a member of Council in the decision-making process on a matter in which she has an interest, which Ms. Jackson undoubtedly had in the matter in issue. That qualification is not expressed in the confirming by-laws, and for good reasons. First, in signing the by-laws Ms. Jackson was performing only a clerical task by virtue of her office as Mayor, so no danger of contravening the *Municipal Conflict of Interest Act* existed. Second, her action was quite consistent with the practice, which is set out in section 3.11 of the City's Procedural By-law No. 400-2002:

No Member after having declared an interest on any matter may move, second or vote on the "adoption of items not requiring separate discussion", if the matter having declared an interest is contained therein. The Member after having declared an interest may move, second and vote on the Confirming By-law.

194 There is no doubt that whether or not Ms. Jackson voted on any of the decisions, or any of the by-laws in question; whether or not she had a pecuniary interest in any such decision or a by-law; and whether or not she acted at any time in contravention of the *Municipal Conflict of Interest Act* does not affect the fact or validity of the Council's decision or by-law, pursuant to s. 12 of that Act.

195 The Applicant refers to improper delegation by Council under this issue. It has been dealt with elsewhere in these reasons. Section 23.1 of the *Municipal Act, 2001*, as amended gives Council the power to delegate. To the extent that it delegated its powers in respect of the activities referred to in this application, Council did not delegate legislative powers to anyone. This ground of complaint has no merit.

196 The Applicant takes special aim at By-law 205-2008 with respect to the retention of Mr. Wilkin to conduct the prosecution, which he says is *ultra vires* for a number of reasons. First, she submits that:

The preamble to the resolution regarding the institution of the laying of charges against the Applicant under the *Municipal Election Act, 1996* reveals that the Council mistakenly thought it had an "obligation to commence legal proceedings ... rather than, as the statute provides, a discretion to exercise after considering whether the Report's identification of "numerous apparent contraventions" was correct and warranted legal proceedings. Council misinterpreted the statutory provision of section 81(10) which requires the council to exercise its own discretion and not blindly follow the audit report.

197 The resolution adopted by Council on June 24, 2008, and confirmed by By-law 205-2008 provided:

WHEREAS Council has received, reviewed, and considered the Report of Ken Froese and Glen R. Davison dated June 18, 2008, being the Compliance Audit Report regarding the 2006 municipal election campaign finances of Linda D. Jackson;

AND WHEREAS the Compliance Audit Report has identified numerous apparent contraventions of the Municipal Elections Act, regarding the election campaign finances of Linda D. Jackson;

AND WHEREAS Council has received and considered the legal advice of Timothy J. Wilkin on June 24, 2008;

AND WHEREAS the obligation to commence legal proceedings in respect of such contraventions under the Municipal Election Act falls to Council;

AND WHEREAS it is important for all concerned to avoid any perception of bias as legal proceedings move forward.

NOW THEREFORE THE COUNCIL OF THE CITY OF VAUGHAN RESOLVES AS FOLLOWS:....

[Emphasis added]

198 The underlined portion of the Preamble is the only support for the proposition that "Council misinterpreted the statutory provision of section 81(10) which requires the council to exercise its own discretion and not blindly follow the audit report." There is no other evidence to support the allegation that Council thought it was obligated to commence legal proceedings. It is quite plain that the authority to commence proceedings under s. 81 (10) of the MEA rests solely with Council. It is also clear from the minutes of the meeting that, quite apart from its in-house lawyer to whom Council would have access, that Council was legally advised by Mr. Wilkin. The substance of his advice is not before this court, but I have trouble making a dispositive assumption that he did not give Council the advice that they had discretion in the matter to be exercised in accordance with the ordinary principles of administrative law cited earlier.

199 Council's deliberations around the Frustaglio compliance audit report show the proper pattern, and also contain the text of the legal opinion. The preamble to the resolution of Council dated November 10, 2008, provides:

WHEREAS Council has been mindful of the overall public interest by giving due consideration to whether the candidate fulfilled the duties of a candidate under the Municipal Elections Act; and

WHEREAS Council has been mindful of the overall public interest by giving due consideration to the need for general deterrence with respect to campaign finance issues and the need for this candidate to be deterred from possible future contraventions of the Municipal Elections Act, with consideration given to whether this candidate deliberately violated the Act, or whether any contraventions were through inadvertence only; and

WHEREAS Council has considered the overall public interest by giving due consideration to whether the contraventions reported by the Compliance Auditor are substantive or technical in nature; and

WHEREAS Council has considered all of the above matters and assessed whether the overall public interest has been served in relationship to achieving final compliance with the Act and whether the overall public interest aspect of the compliance audit process has been met; and

WHEREAS Council has determined that both the public interest and compliance aspects required by the legislation have been achieved.

200 The City Solicitor's opinion canvassed fully the options open to Council and the applicable legal and policy principles, and added as a concluding factor for Council to consider: "[w]hether, in Council's opinion, having regard to all of the circumstances with respect to the matter, it is in the public interest to commence legal proceedings against the

candidate or take no further action." Council had the advice of qualified personnel and there is no reason for me to assume that the advice given in respect of Ms. Jackson's case was any different regarding the options open to Council. I therefore find that the allegation that Council erroneously believed it was obligated to commence legal proceedings against Ms. Jackson is not proven.

201 Second, the Applicant challenges By-law 228-2008 on the basis that s. 81 (10) of the MEA, in giving discretion to a council to "commence a legal proceeding" does not give power to "institute the laying of charges against" the Applicant under the MEA, as Vaughan Council resolved to do. As set out above, the cases hold otherwise.

202 Third, the Applicant submits that:

Nowhere does the MEA authorize a council to delegate the substance of its authority to make decisions under section 81(10) to commence a legal proceeding to anyone, let alone an unelected member of the public. Paragraphs 2, 3 and 4 of the resolution of June 24, 2008 ... reveal that the council delegated to Mr. Wilkin a power it thought it had — to institute the laying of charges against the Applicant. By-law 205-2008, purporting to adopt, ratify and confirm this resolution constitutes a purported grant to Wilkin of an unbridled and uncontrollable discretion with respect to the entirety of the prosecution, thereby leaving the Applicant at the mercy of Wilkin, who is entitled to impose whatever conditions he sees fit. This is an unlawful delegation of statutory authority;

203 Fourth, the Applicant submits that Council failed to give any, let alone specific, guidance and directions to Mr. Wilkin nor did it state with clarity the standards to be enforced. This repeats an argument that I rejected earlier.

204 The Applicant also takes special aim at confirming By-law 228-2008 and submits:

By-law 228-2008 purports to confirm the illegal actions of Council identified by the Applicant in Court File No. CV-0809028. The law has as its sole purpose the (sic) seeking to deny the Applicant access to the court in the application. Absent specific statutory authority, Council was acting without authority and in bad faith in passing By-Law 228-2008.

205 I accept the City's submission that in response to these proceedings, and without prejudice to its position that the by-laws in question were valid and accomplished the purposes intended (including the confirmation of all of the Council decisions raised in these proceedings), the Council of the City of Vaughan, at its meeting held on September 8, 2008, enacted By-law 228-2008 to further confirm all of the decisions in question in these proceedings, should such be required, and out of an abundance of caution. This intent is

amply borne out in the language of By-law 228-2008 and in the minutes of the Council meeting of September 8, 2008, to which it refers.

Conclusion on Issue Four; Are the By-laws Illegal on Municipal Law Grounds?

206 I conclude that the by-laws are not illegal on municipal law grounds.

Ruling:

207 For the reasons set out above, I dismiss this application with costs. I will accept written submissions on a 7-day respective turnaround from the successful parties, the moving party, and then reply. Cost submissions should specifically address whether the auditor is entitled to costs from the moving party.

Application dismissed.

Footnotes

- ¹ As determined on judicial recount: *Di Biase v. Vaughan (City)* (2007), 34 M.P.L.R. (4th) 219 (Ont. S.C.J.); (2007), 39 M.P.L.R. (4th) 112 (Ont. Div. Ct.); (2007), 43 M.P.L.R. (4th) 287 (Ont. Div. Ct.) per Howden J.
- ² The parties did not dispute the court's jurisdiction to deal with the application.
- ³ There is support for the proposition that I should exercise my discretion against hearing this application, since the arguments could have been made in the prosecution. Regrettably the parties did not cite the authorities referred to by I. MacDonnell J. in *R. v. Khan*, [2009] O.J. No. 111 (Ont. S.C.J.), which came to my attention after these reasons had been drafted.
- ⁴ As an aside, in response to a question from the bench, Mr. Lord asserted that a candidate could appear before a municipal council as a delegation to respond to allegations of fact in an application for a compliance audit, and to address the matters raised in the compliance audit report when council is deliberating a prosecution, as part of municipal compliance with fairness requirements. (This aside assumes, without deciding, that the factors in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (S.C.C.) at para. 21 *et seq.* mandate fairness in these circumstances without qualification by the reasoning in *New Brunswick (Board of Management) v. Dunsmuir*, 2008 SCC 9 (S.C.C.).) Ms. Jackson did not seek to address Vaughan Council and has not complained about any inability to do so. My reading of the *Municipal Conflict of Interest Act*, R.S.O. 1990, c. M.50, however, suggests that s. 5 and s. 15 prevent a successful, but not an unsuccessful, candidate from addressing a municipal council on the subject of an audit or a prosecution under the MEA. This is an incongruous result.
- ⁵ The City did not engage in the constitutional analysis beyond this assertion, taking the position that the issue was one for the Crown. The provincial and federal Crowns declined to intervene. The Applicant did not challenge the auditor's standing to address the constitutional issues.
- ⁶ Arguably a "sliding scale" metaphor might be better suited to the concept of variability, for example analogizing to the factors for determining the degree of procedural protection offered in administrative law under *Baker v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (S.C.C.), at para 21 *et seq.*

2010 ONCA 118
Ontario Court of Appeal

Jackson v. Vaughan (City)

2010 CarswellOnt 807, 2010 ONCA 118, [2010] O.J. No. 588, 185 A.C.W.S.
(3d) 333, 208 C.R.R. (2d) 16, 259 O.A.C. 84, 68 M.P.L.R. (4th) 161

**Linda D. Jackson (Appellant) and The Corporation
of the City of Vaughan, LECG Canada Ltd., Ken
Froese and Timothy Wilkin (Respondents)**

K. Feldman, E.A. Cronk, E.E. Gillese JJ.A.

Heard: September 23, 2009
Judgment: February 12, 2010
Docket: CA C50275

Proceedings: affirming *Jackson v. Vaughan (City)* (2009), 2009 CarswellOnt 1490, 59 M.P.L.R. (4th) 55 (Ont. S.C.J.)

Counsel: Morris Manning, Q.C. for Appellant

Robert Rueter, Sara J. Erskine for Respondents, LECG Canada Ltd., Ken Froese

Ian J. Lord, Raivo Uukkivi for Respondents, Corporation of the City of Vaughan, Timothy Wilkin

Subject: Constitutional; Public; Property; Civil Practice and Procedure; Municipal; Human Rights

APPEAL by applicant from judgment reported at *Jackson v. Vaughan (City)* (2009), 2009 CarswellOnt 1490, 59 M.P.L.R. (4th) 55 (Ont. S.C.J.), which dismissed application for order quashing by-laws that authorized and confirmed decision to prosecute.

E.E. Gillese J.A.:

Overview

1 Linda D. Jackson (the "appellant") was elected mayor of Vaughan. As a candidate in a municipal election, she was required to file financial statements relating to her campaign finances. A compliance audit of her election campaign finances revealed apparent contraventions of the *Municipal Elections Act, 1996*, S.O. 1996, c. 32 (the "Act").

2 After receiving the compliance audit report, the Council of the City of Vaughan ("Council") passed a by-law authorizing the commencement of legal proceedings against the appellant. Her application to have the by-law quashed and the relevant legislative provisions struck down was unsuccessful.

3 She appeals, asking this court for an order preventing those legal proceedings from continuing. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

4 As s. 81 of the *Act* is central to the appeal, it is set out in full in Schedule "A" to these reasons.

Background

5 Linda D. Jackson was elected as the Mayor of the City of Vaughan (the "City") on November 13, 2006. As a candidate in a municipal election, she was required to comply with the *Act*, including the requirement to file a financial statement and auditor's report reflecting her campaign finances.

6 On or about May 14, 2007, two residents of the City (the "complainants"), brought an application under ss. 81(1) and (2) of the *Act*, seeking a compliance audit of the appellant's election campaign finances. Relying on her filed financial statements and auditor's report, the complainants asserted that there were reasonable grounds to believe that the appellant had contravened a provision of the *Act* related to campaign finances.

7 On May 22, 2007, Council deferred consideration of the application on the basis that it wished to wait until the last supplementary filing date had passed for the reporting of election expenses. The complainants appealed to the Ontario Court of Justice under s. 81(3.3) of the *Act*.

8 On February 19, 2008, Justice L. Favret of the Ontario Court of Justice allowed the appeal and ordered the City to appoint an auditor to conduct a compliance audit for the period which the appellant's financial statement covered, namely April 6, 2006 to December 31, 2006. Following the audit, the auditor was required to report the findings to Council, pursuant to s. 81(7) of the *Act*.

9 Shortly after Favret J.'s order, Council issued a request for proposal for an auditor to conduct a compliance audit of the appellant's 2006 municipal election campaign finances in accordance with s. 81(6) of the *Act*.

10 At the end of March 2008, the complainants filed a second application for a compliance audit of the appellant's election campaign finances within the initial reporting period and during a supplementary reporting period.

11 On March 31, 2008, Council appointed Ken Froese of LECG Canada Ltd. and Glen R. Davison, C.A., to conduct a compliance audit of the appellant's campaign expenses for the 2006 municipal election for the period of April 6, 2006 to December 31, 2006. It also directed that a second compliance audit be conducted for the appellant's campaign finances for the period of April 6, 2006 to December 31, 2007. The two audits were to be combined and the results were to be presented in a single report (the "compliance audit report").

12 On June 18, 2008, Council received the compliance audit report. The report was comprehensive, neutrally framed and factual. It identified numerous apparent contraventions of the election campaign finance rules under the *Act*, ranging from matters such as excess campaign spending to missing postal codes on the addresses of some contributors, contrary to the requirements for the financial statements set out in the prescribed form. The report contained no conclusions or opinions on whether legal action should be taken against the appellant in respect of the apparent contraventions.

13 At its regularly scheduled meeting on June 23, 2008, Council moved to schedule a special meeting on June 24, 2008, for the purposes of dealing with the compliance audit report, and to retain a lawyer, Timothy J. Wilkin, to provide legal advice in respect of that report. It waived the requirement of 48 hours notice for a council meeting.

14 On June 24, 2008, Council received legal advice from Mr. Wilkin in closed session. After reconvening in public session, Council passed a resolution dated June 24, 2008 (the "Resolution"), in which it instituted the laying of charges against the appellant for breaches of the *Act* and retained Mr. Wilkin to conduct the prosecution of those charges.

15 By-law No. 205-2008 ratified the Resolution. The Resolution reads as follows:

WHEREAS Council has received, reviewed, and considered the Report of Ken Froese and Glen R. Davison dated June 18, 2008, being the Compliance Audit Report regarding the 2006 municipal election campaign finances of Linda D. Jackson;

AND WHEREAS the Compliance Audit Report has identified numerous apparent contraventions of the Municipal Elections Act, regarding the election campaign finances of Linda D. Jackson;

AND WHEREAS Council has received and considered the legal advice of Timothy J. Wilkin on June 24, 2008;

AND WHEREAS the obligation to commence legal proceedings in respect of such contraventions under the Municipal Elections Act falls to Council;

AND WHEREAS it is important for all concerned to avoid any perception of bias as legal proceedings move forward.

NOW THEREFORE THE COUNCIL OF THE CITY OF VAUGHAN RESOLVES AS FOLLOWS:

1. That the City of Vaughan institute the laying of charges against Linda D. Jackson under the Municipal Elections Act, 1996; and
2. That Mr. Timothy J. Wilkin of Cunningham, Swan, Carty, Little & Bonham LLP, be retained to conduct the prosecutions and to proceed in a timely manner; and
3. That the charges to be laid shall be those for which reasonable and probable grounds exist for believing that an offence has been committed, as may be determined in the legal opinion of Timothy J. Wilkin; and
4. That the retainer includes instructions that Timothy J. Wilkin have the authority, in his sole discretion:
 - i) to withdraw any charge, or charges, against Linda D. Jackson if, in his opinion, the available evidence in respect of a charge or charges does not provide a reasonable likelihood of obtaining a conviction; and
 - ii) to conduct any pre-trial or trial proceedings necessary, and to summon such witnesses as may be required including, if necessary, the retaining of experts to appear as witnesses; and
 - iii) to enter into negotiations with respect to the charges for the purposes of establishing an agreed statement of facts, a plea bargain and/or a joint submission to the Court in respect of penalty; and
 - iv) to enter into a binding plea bargain agreement; and
 - v) to establish what penalty to seek from the Court upon a conviction; and
 - vi) to provide regular status reports to the City Solicitor for her information.

16 On September 8, 2008, Council passed By-law No. 228-2008 reconfirming the steps taken in relation to the compliance audit report and the prosecution arising from it.

17 On August 29, 2008, the appellant brought an application to have By-law No. 205-2008 quashed. The application was subsequently amended to include a request that By-law No. 228-2008 also be quashed (the "By-laws"). She also asked for an order declaring s. 81 of the *Act* to be contrary to s. 7 of the *Charter* and, thus, of no force or effect. One of her

key arguments in support of this ground was that the relevant provisions in the *Act* were unconstitutionally vague.

18 After the application was heard and while judgment was on reserve, the appellant brought a motion to admit fresh evidence relating to a compliance audit report performed in respect of Councillor Joyce Frustaglio. The application judge, Lauwers J., admitted the fresh evidence on the basis that it assisted in setting the context within which the vagueness argument could be assessed. He found that the two compliance audit reports were substantially the same in terms of format and methodology, and in the auditors' interpretations of the *Act*. He noted that while there were differences between the two reports, they were not significant and were the result of factual differences between the two campaigns.

19 The application judge dismissed the application. He held that s. 81 of the *Act*, read in context and in conjunction with other relevant provisions in the *Act*, is not impermissibly vague. He explained that s. 81 delineates a "zone of risk"¹ that sets out the boundaries of permissible and impermissible campaign finances and expenses. Further, he found that the compliance audit and prosecution processes under s. 81 do not engage s. 7 of the *Charter*. He reasoned that there is no real or imminent deprivation of life, liberty or security of the person by engaging in such processes under the *Act*. Moreover, by participating as a candidate in the municipal election, the appellant voluntarily subjected herself to the provisions of the *Act*, which required her to provide information on her campaign finances to a compliance auditor. In such circumstances, she cannot assert the right against self-incrimination to avoid providing information to the compliance auditor. He also rejected the submission that Council's acts were so markedly inconsistent with the relevant legislation that they amounted to bad faith. He concluded by stating that virtually all of the complaints levied by the appellant about the *Act*, its interpretation and the acceptability of the processes followed by Council, could have been raised by the appellant in her defence to prosecution.

20 The appellant appeals to this court.

21 The application judge gave thorough, thoughtful reasons for dismissing the application. I see no error in his reasons. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

The Issues

22 The issues raised on appeal are essentially the same as those below, namely:

- 1) Is s. 81 of the *Act* impermissibly vague?
- 2) Does s. 81 of the *Act* breach the appellant's rights under s. 7 of the *Charter*?

3) Was Mr. Wilkin's appointment an unlawful delegation of Council's power to prosecute?

4) Were the acts of Council so markedly inconsistent with the relevant legislative context that they amount to bad faith?

23 After the oral hearing of the appeal and while the matter was on reserve, the parties were invited to make additional written submissions on whether ss. 23.2 and 23.3 of the *Municipal Act, 2001*, S.O. 2001, c. 25 (the "Municipal Act, 2001")² have any impact on Mr. Wilkin's appointment to prosecute the appellant. The points raised in the additional submissions are addressed as part of the third issue.

Is Section 81 of the Act Impermissibly Vague?

24 The appellant submits that the application judge erred in failing to find s. 81 of the *Act* to be of no force and effect because it offends the constitutional principle against vagueness. The rule of law, she argues, requires the striking down of legislation which enables the exercise of arbitrary power. Section 81 of the *Act*, it is contended, is that type of legislative provision because it grants discretion but fails to give direction on how it should be exercised, thereby permitting its arbitrary exercise. Examples of the alleged vagueness in s. 81 include: the creation of an ill-defined power given to an auditor to determine whether there has been a contravention of the *Act*; lack of guidance on what constitutes "reasonable grounds", a "compliance audit" or an "apparent contravention"; and, no articulation of the factors that a council is to take into consideration in determining whether to grant or refuse an application for a compliance audit or commence a legal proceeding pursuant to s. 81. The uncertainty and vagueness of the powers given to the auditors and the meaning of the words used in s. 81, it is submitted, are evident in both the Jackson and Frustaglio compliance audit reports.

25 I reject this submission. For the reasons given by the application judge, I do not find s. 81 to be impermissibly vague. The following is a summary of the application judge's reasoning.

26 The *Act* creates two classes or categories of contraventions - the more serious are "corrupt practices" and the less serious relate to contraventions of the election campaign finance rules. The appellant has been charged with only the latter, less serious, contraventions. Convictions for corrupt practices attract fines, imprisonment, forfeiture of office and, in certain situations, disqualification from running again for office for six years. When a person is convicted of having contravened the election campaign finance rules, however, imprisonment is not a possible penalty. In those circumstances, s. 80(2) permits the imposition of specific penalties including forfeiture of office, ineligibility for election until the next regular election has taken place, and suspension from office without pay.

27 The election campaign finance rules operate on a system of self-reporting. Section 78 of the *Act* requires a candidate to file a financial statement accompanied by an auditor's report, each in the prescribed form, and to file a supplementary financial statement where necessary.

28 The statutory audit compliance/prosecution process consists of the following five stages or "checks".

1. When an application for a compliance audit is made, the municipal council must consider the application within 30 days of its receipt and decide whether to grant or reject it (s. 81(3)). The requirement that the applicant have "reasonable grounds" (s. 81(1)) prevents frivolous and vexatious applications. The council has little discretion in deciding whether to order a compliance audit once reasonable grounds have been found to exist.³ However, the applicant can be required to pay the auditor's costs if the compliance audit report indicates that there was "no apparent contravention" and the council "finds that there were no reasonable grounds for the application" (s. 81(11)).

2. If the council refuses an application for a compliance audit, the applicant can appeal to the Ontario Court of Justice (s. 81(3.3)).

3. The independent audit must be conducted by an independent auditor licensed under the *Public Accounting Act, 2004*, S.O. 2004, c. 8 (s. 81(5)). The auditor must promptly conduct an audit to determine whether the candidate has complied with the provisions of the *Act* relating to election campaign finances and prepare a report outlining any apparent contraventions (s. 81(6)). The auditor's powers are set out in s. 81(8).

4. The council must consider the compliance audit report within 30 days of receiving it and determine whether to commence legal proceedings against the candidate (s. 81(10)). The decision to commence legal proceedings for any apparent contravention must be made in accordance with the ordinary principles of administrative law and is amenable to judicial review.

5. The last stage is the legal proceeding itself, in which the candidate has full natural justice protection and *Charter* rights.

29 The application judge reviewed the relevant jurisprudence and noted the governing legal principles set out in *Pharmaceutical Society (Nova Scotia)* at pp. 639-40, 642.⁴ A statutory provision is not impermissibly vague if it sets out boundaries of permissible and impermissible conduct so as to provide a basis for legal debate. Language is not an exact tool; all it can do is give fair notice by delineating a zone or area of risk. In cases where conduct falls along those boundaries, the statutory language is not vague if a conclusion can be reached as to its meaning, through reasoned analysis applying legal criteria. Legislation must not

give unfettered discretion to a decision maker because doing so will deprive the judiciary of the means of controlling the exercise of the discretion. The provision must give a sufficient indication as to how decisions are to be reached and the determinative factors or elements that are to be considered.

30 With respect to the specific examples of vagueness alleged by the appellant and set out above, the application judge found that in carrying out the audit, the auditor is not exercising discretion in the legal sense of the word. The auditor will need to interpret the *Act* and may be incorrect in that interpretation. However, any errors in that regard are subject to judicial oversight through the prosecution process.

31 The nature of a compliance audit emerges from s. 81(6) of the *Act*. The word "compliance" refers to compliance with a provision of the *Act* relating to election campaign finances. There is nothing vague or ambiguous in the word "compliance". It is not for the auditor to determine whether an apparent contravention is a real contravention. That determination is made by the judge of the Ontario Court of Justice hearing the prosecution. Thus, there is no impermissibly broad delegation of power to the auditor. The compliance audit need not relate only to the matters in the initial application. Section 81(1) is a threshold requirement only. The audit is intended to be comprehensive, even if the trigger is but a single apparent contravention.

32 The phrase "reasonable grounds" is not impermissibly vague. The law is replete with provisions using the standard of "reasonable grounds" and courts have had little difficulty in applying the term to specific fact situations.

33 The fact that terms such as "compliance audit" and "apparent contravention" are not defined does not render s. 81 impermissibly vague. Read in the context of the statute, a "compliance audit" refers to an auditor's report addressing whether provisions of the *Act* relating to campaign finances have been complied with and outlining any apparent contraventions by the candidate. As explained above, it is not the task of an auditor to determine whether an "apparent contravention" is an actual contravention.

34 The failure to articulate factors that a council is to take into consideration when determining whether to commence legal proceedings does not lead to the conclusion that the council may exercise that power arbitrarily. As the application judge explains at paras. 99 -101 of his reasons, there is no "unfettered discretion" in a municipal body:

The overriding principles are expressed in *Baker, supra*, at para. 53:

... [D]iscretionary decisions, like all other administrative decisions, must be made within the bounds of the jurisdiction conferred by the statute ... [D]iscretion must still be exercised in a manner that is within a reasonable interpretation of the margin

of manoeuvre contemplated by the legislature, in accordance with the principles of the rule of law ..., in line with general principles of administrative law governing the exercise of discretion, and consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*....

Among the relevant administrative law principles are that: power must be exercised for the purpose for which it was granted and not for another purpose; the decision maker cannot decline to decide an issue remitted to it; the decision must be made on the basis of relevant considerations and must not take into account irrelevant considerations; decision-making power may not be improperly delegated; there must be some evidence to justify decisions of fact; statutory preconditions to the exercise of power must be met; there should not be errors in the interpretation of legislation; and the decision must not be grossly unreasonable.

Without being exhaustive, it is easy to see how these principles would apply to a decision on whether to prosecute under s. 81 (10) of the MEA. Possible examples abound. A decision based on concerns about maintaining the confidence of the electorate, the integrity of the election process and the values of public accountability and transparency would be consistent with the statutory purpose and would also be political considerations in the highest sense. On the other hand, a decision made to advance political ambition by ousting a rival would be for an improper purpose. A decision taking into account the scale of the apparent contraventions would be taking into account relevant considerations, but one based on personal animosity or bias would be improper. A decision to prosecute the slightest apparent contravention would run into problems of unreasonableness.

35 As for the appellant's assertion that the *Act* was interpreted differently for the purposes of preparing the Frustaglio and Jackson reports, the application judge found that the reports were substantially the same in terms of format, methodology and interpretation of the relevant legislative provisions. As the reports use the same approach and make the same findings based on similar facts, any differences between them are a result of factual differences.

36 I would dismiss this ground of appeal because, as the application judge explained, s. 81 is not impermissibly vague. A law will not be struck down for vagueness simply because reasonable people might disagree as to its application to particular facts: see *Pharmaceutical Society (Nova Scotia)* at p. 640; *Cochrane* at paras. 43-44. A lack of precision will not defeat a law which provides a degree of clarity capable of supporting intelligible debate.⁵ When the words of s. 81 are given their ordinary meaning and read grammatically, in the context of the legislation as a whole including sections 66-82.1, they delineate boundaries for actions in respect of campaign finances that are neither vague nor arbitrary. Instead, they set out

the boundaries of permissible and impermissible campaign finance activities which give fair notice and operate to limit enforcement discretion. As well, the administrative law principles that apply to municipalities and the terms of the City's by-laws limit Council's enforcement discretion. And, ultimately, whether a candidate has contravened the *Act* is a determination made by a judge, thereby ensuring judicial oversight of the auditor's conclusion of an apparent contravention.

37 In short, there is a sufficient basis within the legislation for legal debate and reasoned legal analysis, leading to a coherent judicial interpretation of s. 81. Accordingly, s. 81 is not unconstitutionally vague.

Does Section 81 Breach the Appellant's Rights under s. 7 of the Charter?

38 The appellant has a twofold argument in relation to s. 7 of the *Charter*. First, she argues that she faces a "real or imminent deprivation of life, liberty or security of the person", contrary to s. 7 of the *Charter*. She bases this argument on the fact that, if convicted, she may forfeit the office to which she was elected and be deemed ineligible to be elected or appointed to any office until the next regular election has taken place. Given that a person may enter politics as a vocation, such consequences could potentially have a serious and profound effect on the person's psychological integrity, it is argued, thus amounting to a breach of the right to security of the person protected by s. 7 of the *Charter*. The second argument is that the powers of the auditor under s. 81(8), which require a candidate in a municipal election to participate in a compliance audit, breach the appellant's right against self-incrimination contrary to s. 7.

39 Again, I reject these submissions, essentially for the reasons given by the application judge.

40 The application judge held that the compliance audit and prosecution processes under s. 81 do not engage s. 7 of the *Charter*. In respect of the first argument, based on *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757 (S.C.C.), he concluded that it was "plain" that the audit/prosecution process, which is aimed at securing compliance with the rules concerning election campaign finances, is regulatory in nature rather than criminal or quasi-criminal. If the appellant is convicted, she may be fined and/or removed from office. There is no risk of incarceration. By contrast, prosecution under the *Act* for corrupt practices engages a risk of incarceration on conviction. While there is quasi-criminal "penal liability" associated with corrupt practices, contraventions of the campaign finance provisions carry administrative or "regulatory penalties" in the language of *Jarvis*. Furthermore, the interests of the candidate are not understood in law to constitute a protected aspect of "life, liberty and security of the person" within the meaning of s. 7 of the *Charter*. Loss of the ability to hold elected office for a term may trigger stress, anxiety and stigma, but it does not rise to the level of "serious and profound" state-imposed psychological harm necessary to engage protection under s. 7.

of the *Charter*: see *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307 (S.C.C.) at paras. 81-83.

41 In relation to the second argument, the application judge reasoned that by participating as a candidate in the municipal election, the appellant voluntarily subjected herself to the provisions of the *Act*. Those legislative provisions required her to maintain and file detailed information regarding her election expenses; they also entitled the auditor to obtain that information during the compliance audit. In such circumstances, she had no reasonable expectation of confidentiality concerning any of the matters required to be reported and cannot assert the right against self-incrimination to avoid providing information to the compliance auditor.

42 Furthermore, the information being considered by the auditors was not collected at a time when the relationship between the appellant and the City was adversarial in nature. The information was statutorily compelled and provided in response to a defined regulatory requirement. That requirement was not coercive in nature as it arose only after the appellant made the conscious choice to participate in the election. In such circumstances, it does not appear that the principle against self-incrimination is engaged: see *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154 (S.C.C.) at paras. 33-46.

43 Finally, I do not accept the premise underlying the appellant's position on this ground of appeal, namely, that s. 81 gives investigative powers to the auditors and delegates to them the power to determine whether the appellant should be prosecuted. In *Jarvis*, the Supreme Court of Canada states that the distinction between audits and investigations under the *Income Tax Act* is whether the predominant purpose of the auditor's inquiry is penal liability: see para. 88. This is a contextual determination that is made after a consideration of all the factors that bear on the inquiry. Generally, however, where there is an important state interest at stake - such as maintaining the integrity of democratic elections - courts should be careful to avoid creating "procedural shackles" and rendering nugatory the state's ability to investigate and obtain evidence of offences: *Jarvis* at paras. 89-90.

44 As the application judge states at para. 131 of his reasons, the purpose of the compliance audit is to determine whether the candidate is in apparent contravention of the legislative requirements for campaign finances. That is, the predominant purpose is fact finding, not determining penal liability. In any event, where the audit report indicates that there is an apparent contravention, prosecution is not automatic. It is the municipal council that must determine whether to commence legal proceedings.

45 A final comment is warranted in relation to this issue. The application judge found that once Council decided to commence legal proceedings in relation to the appellant, an adversarial relationship between her and the municipality came into being. On the principles

enunciated in *Jarvis*, the use of the auditor's powers respecting the appellant thereafter would violate her s. 7 rights. Consequently, once the decision to prosecute was made, the application judge viewed the auditors' mandate as having been exhausted, leaving them without further authority to proceed.⁶

46 The respondent auditors ask that this determination be set aside. They argue that they were not in possession of all of the documentation that had been requested from contributors and third parties when the compliance audit report was given to Council and that the report reserves the right to issue a supplementary report should the additional information be obtained. In my view, the application judge was correct in his determination. Accordingly, I would not interfere with it.

Was Mr. Wilkin's Appointment an Unlawful Delegation of Council's Power to Prosecute?

47 The appellant argues that By-law No. 205-2008 is *ultra vires* because Mr. Wilkin's appointment to prosecute the appellant constituted a wholesale and unlawful delegation of authority. By-law 205-2008, it is contended, gives Mr. Wilkin unfettered discretion to determine what charges to lay against the appellant and how to handle them but the *Act* requires that those decisions are to be made by Council itself. In her additional submissions on this issue, the appellant makes the further argument that the powers delegated to Mr. Wilkin are quasi-judicial in nature and their delegation is prohibited by s. 23.2 of the *Municipal Act, 2001*.

48 I reject the appellant's submissions on this issue.

49 The *Act* does not require Council to decide what charges to lay and how to handle them. Section 81(10) of the *Act* gives Council the power to commence a legal proceeding against a candidate for any apparent contravention of the *Act* relating to election campaign finances. Based on the compliance audit report, Council exercised that power. In para. 1 of the Resolution that was confirmed by By-law No. 205-2008, Council instructed the City to "institute the laying of charges" against the appellant under the *Act*. In so doing, Council exercised its statutory power - that is, it made the decision to commence a legal proceeding against the appellant.⁷

50 There is a difference between making a decision (to commence a legal proceeding) and implementing that decision (deciding what charges to lay and how to handle them). As I have said, it was Council who had the power to decide whether a legal proceeding would be commenced against the appellant and it was Council who exercised that power. However, as a corporate body, the municipality can only act through its agents. Having made the decision to prosecute, it was necessary to give effect to that decision. Council did so by retaining outside counsel. In the circumstances, not only was it reasonable to delegate the prosecution

to a person with the appropriate expertise and qualifications, it was necessary as it would have been difficult, if not inappropriate, for any City employee to act as the prosecutor in the proceedings. The difficulties inherent in the situation are reflected in one of the recitals to the Resolution, which says "Whereas it is important for all concerned to avoid any perception of bias as legal proceedings move forward".

51 Mr. Wilkin's appointment as prosecutor was the mechanism that Council used to implement its decision. Contrary to the appellant's assertion, By-law No. 205-2008 does not give Mr. Wilkin unfettered discretion. In the Resolution that By-law No. 205-2008 ratifies, Council imposed conditions within which Mr. Wilkin must act. He is directed to proceed in a timely manner (para. 2) and to lay charges only where reasonable and probable grounds exist, in his legal opinion, for believing that an offence has been committed (para.3).

52 I accept that para. 4 gives Mr. Wilkin discretion in respect of certain specified matters. He may: withdraw charges if the available evidence does not provide a reasonable likelihood of obtaining a conviction; conduct pre-trial and trial proceedings as necessary; enter into negotiations for the purposes of establishing an agreed statement of facts, a plea bargain or a joint submission to the court in respect of penalty; enter into a plea bargain agreement; establish what penalty is to be sought on conviction; and, provide regular status reports to the City solicitor. However, I understand from the City that the powers given to Mr. Wilkin by para. 4 do nothing more than give him the kind of prosecutorial discretion normally exercised by municipal officials who prosecute infractions of municipal by-laws.

53 Delegation of the prosecution to outside counsel was necessary, reasonable and prudent. Was it lawful? A municipality is the recipient of delegated authority. Accordingly, it is trite law that in the absence of express statutory authority to delegate, a municipality must exercise the powers it has been given - it cannot delegate their exercise to another. Having said that, the courts have recognized that it is necessary for municipalities to delegate to others the implementation of their decisions. Thus, the common law has permitted municipalities to delegate administrative or ministerial functions, so long as the standards which are to govern the exercise of those delegated functions are sufficiently clearly spelled out. Put another way, where the delegated administrative function requires the exercise of discretion, the by-law must give clear direction on how the discretion is to be exercised. Some examples are illustrative of this point.

54 In *R. v. Bridge* (1952), [1953] 1 S.C.R. 8 (S.C.C.), the City of Hamilton passed a by-law in which, among other things, it gave the City Clerk the power to issue permits authorizing service stations to remain open during stated hours and to grant extension permits to occupiers of gasoline shops except those who "according to evidence satisfactory to the City Clerk" were found to have failed to keep their shops open during the authorized

times. The by-law was attacked on the basis that there had been an unlawful delegation of power to the City Clerk.

55 The Supreme Court of Canada held that the parts of the by-law permitting the Clerk to issue permits were valid because Council had provided "sufficient particularity".⁸ In making this determination, the Court referred to the fact that Council had laid down, in the by-law, the times during which the permits could authorize shops to remain open, the proportion of total occupiers which were to make up the groups entitled to receive permits on certain days, that permits were to be issued to groups in rotation, and that all occupiers were entitled to receive permits except those who failed to remain open in accordance with the terms of their existing permits. However, the Court held invalid those parts of the by-law which permitted the Clerk to grant extensions on "evidence satisfactory to the City Clerk" because Council had not prescribed the state of facts which would render an occupier ineligible to receive a permit. Absent express authorizing language in the enabling legislation, it was an impermissible delegation as it gave the Clerk the power to decide such matters on the basis of evidence that the Clerk found to be sufficient.

56 In *R. v. Joy Oil Co. (1963)*, [1964] 1 O.R. 119 (Ont. C.A.), this court upheld a by-law that delegated to the Chief of the Fire Department the power to direct the location and quantities of specified fire-extinguishing materials because the by-law was "as specific as it could possibly be".⁹

57 More recently, this court held that the delegation of power to issue licenses to the Chief License Inspector and the Chief of Police was lawful as the by-law in question set clear standards to which they had to have regard when deciding whether to approve or not approve the issuance of a license: see *Adult Entertainment Assn. of Canada v. Ottawa (City)* (2007), 33 M.P.L.R. (4th) 1 (Ont. C.A.) at paras. 34 - 36.

58 It may be that delegation of the prosecution to Mr. Wilkin is sufficiently circumscribed that it was permissible at common law. Recall in this regard that para. 3 of the Resolution establishes a standard by which Mr. Wilkin is to determine what charges are to be laid, namely, those for which there are reasonable and probable grounds for believing an offence has been committed.

59 In any event, however, ss. 23.1 and 23.3(2) of the *Municipal Act, 2001*, authorize Council to delegate the prosecution to Mr. Wilkin. Section 23.1 was added by the *Municipal Statute Law Amendment Act, 2006*, S.O. 2006, c. 32, Sched. A., s. 15, and came into force on January 1, 2007. The relevant parts of ss. 23.1 and 23.3(2) read as follows:

23.1(1) Without limiting sections 9, 10 and 11, those sections authorize a municipality to delegate its powers and duties under this or any other Act to a person or body subject to the restrictions set out in this Part.

23.3(2) Nothing in subsection (1) prevents a municipality from delegating its administrative powers.

60 In *The Annotated Municipal Act*¹⁰, Auerback and Mascarin describe the purpose of s. 23.1 as follows:

Clearly one of the purposes of conferring the broad powers of delegation is to permit a municipal council to delegate powers and authorities to a person or body that is, in the view of the council, better able to deal with or handle issues or matters given the person or body's expertise, qualifications or background... .

61 For a period of time in the 1990's, municipal councils were statutorily empowered to delegate administrative powers but only to a committee of council or a municipal employee.¹¹ It is worthy of note that this statutory provision did not include the power to delegate to agents.

62 In her additional submissions on this issue, the appellant argues that the prosecutorial powers delegated to Mr. Wilkin are quasi-judicial in nature and that s. 23.2 of the *Municipal Act, 2001*, precludes their delegation. I do not agree.

63 As Mr. Reuter explains on behalf of the respondents, LECCG Canada Ltd. and Ken Froese, it is not the functions associated with prosecutorial discretion *per se* that qualify as quasi-judicial. It is the combination of prosecutorial discretion and the special status of the person exercising the function that can make it quasi-judicial. Prosecutorial discretion becomes a quasi-judicial function when exercised by the Attorney General (or his or her delegate, a Crown Attorney) because the authority of the Attorney General derives from the royal prerogative.¹² The quasi-judicial role and function of the Attorney General and Crown Attorneys arise by virtue of being "ministers of justice".¹³ That is, the concept of prosecutorial discretion being the exercise of quasi-judicial power is dependent on the person exercising the prosecutorial discretion being clothed with the constitutional powers inhering in the Attorney General's office.

"Prosecutorial discretion" is a term of art. It does not simply refer to any discretionary decision made by a Crown prosecutor. Prosecutorial discretion refers to the use of those powers that constitute the core of the Attorney General's office and which are protected

from the influence of improper political and other vitiating factors by the principle of independence.¹⁴

64 In laying charges and prosecuting the appellant, Mr. Wilkin does not stand clothed with the constitutional authority of the Attorney General. Rather, as I have explained, he is an agent of the municipal corporation and the powers he has been given are properly characterized as administrative, in the sense that they are required to implement Council's decision to commence legal proceedings. Accordingly, Council made no delegation of quasi-judicial powers and s. 23.2 of the *Municipal Act, 2001* has no application on the facts of this case.¹⁵

65 It may be that, at least in part, the appellant's argument on this ground of appeal is directed at the question of oversight. Absent a requirement that Mr. Wilkin report back to Council, has Council overstepped the boundaries of permissible delegation? In my view, it has not. As the application judge noted, returning to Council for instruction is permissible but unnecessary since Mr. Wilkin must operate within the constraints established by the Resolution. In addition, however, there are two other forms of oversight which operate. First, s. 23.1(2) of the *Municipal Act, 2001*, lists six rules that apply to a by-law delegating any of a municipality's powers or duties. Included in those rules is the power of a municipality to revoke the delegation at any time and without notice. Consequently, Council has the power to revoke Mr. Wilkin's appointment as prosecutor at any time. In my view, this means that Council retains an overriding oversight power. Second, the court hearing the prosecution has the power to prevent prosecutorial abuse.¹⁶

66 Finally, it is worth repeating that the exercise of power by Council in deciding whether to commence legal proceedings for any apparent contraventions of the *Act* must be made in accordance with the ordinary principles of administrative law and is amenable to judicial review.

67 Accordingly, I would dismiss this ground of appeal.

Did Council Act in Bad Faith in Enacting the By-Laws?

68 The appellant submits that the application judge erred in law by mischaracterizing her position on the bad faith issue. She says that her position before the application judge was that Council acted in a manner that was so markedly inconsistent with the relevant legislative authority that a court could not conclude the acts had been performed in good faith. Instead, the appellant contends, the application judge treated her submission as allegations of capricious behavior, corrupt motivation or bias on the part of Council.

69 I do not accept this submission. At para. 157 of his reasons for decision, the application judge states:

In oral argument, Mr. Manning [counsel for the appellant] was at pains to say that his bad faith complaint was about non-compliance with the relevant elements of the statutory context. He was not, he advised, impugning the integrity of the Councillors, but was instead saying that they were using their power for an improper purpose, one for which it had not been designed In his factum, [counsel for the appellant] stated:

A finding of bad faith does not require any wrongdoing on the part of any council members, but only that council acted unreasonably and arbitrarily in the circumstances without the degree of fairness, openness and impartiality required of a municipal government. Bad faith by a municipality connotes a lack of candour, frankness and impartiality. It includes arbitrary or unfair conduct by the municipality, usually marked by unfairness, partiality, secretiveness, unreasonableness, improper motives, oppression, fraud or the absence of procedural fairness.

70 It is clear from this passage that the application judge understood the appellant's submission on this issue. He did not mischaracterize her position. Both here and in the summary portion of his reasons, at para. 7, he frames the issue in a manner consistent with that expressed by the appellant, namely, whether Council's actions were so "markedly inconsistent with the relevant legislative context that they amounted to bad faith".

71 The application judge went through each of the complaints levied against Council in this regard, noting that many were simply a restatement of the complaints dealt with when resolving other issues. He concluded that Council's acts were not so markedly inconsistent with the legislation that they amounted to bad faith.

72 The application judge did go on to find that the evidence did not support the appellant's allegations of capricious behavior, corrupt motivation, bias, bad faith or otherwise unlawful action, response or purpose by Council. However, it will be apparent from the passage quoted above that the application judge did this in order to deal with the arguments raised in the appellant's factum.

73 I see no basis on which to interfere with his findings on this issue - the record amply supports them. Accordingly, I would reject this ground of appeal.

Disposition

74 Accordingly, I would dismiss the appeal with costs to (1) the respondents, the City and Timothy Wilkin, fixed at \$25,000 and (2) the respondents, LECG Canada Ltd. and Ken Froese, fixed at \$10,000, both sums being inclusive of disbursements and G.S.T.

K. Feldman J.A.:

I agree.

E.A. Cronk J.A.:

I agree.

SCHEDULE — "A"

Municipal Elections Act, 1996, S.O. 1996, c. 32

Compliance audit

81. (1) An elector who is entitled to vote in an election and believes on reasonable grounds that a candidate has contravened a provision of this Act relating to election campaign finances may apply for a compliance audit of the candidate's election campaign finances. 1996, c. 32, Sched., s. 81 (1).

Requirements

(2) The application shall be made to the clerk of the municipality or the secretary of the local board for which the candidate was nominated for office, within 90 days after the later of the filing date, the candidate's last supplementary filing date, if any, or the end of the candidate's extension for filing granted under subsection 80 (6), if any; it shall be in writing and shall set out the reasons for the elector's belief. 1996, c. 32, Sched., s. 81 (2); 2002, c. 17, Sched. D, s. 32 (1).

Decision

(3) Within 30 days after receiving the application, the council or local board, as the case may be, shall consider the application and decide whether it should be granted or rejected. 1996, c. 32, Sched., s. 81 (3).

Delegation to committee

(3.1) A council or local board may, before voting day in an election, establish a committee and delegate its powers and functions under subsection (3) alone or under subsections (3), (4), (7), (10) and (11) with respect to applications received under

subsection (2) and the council or local board, as the case may be, shall pay all costs in relation to the operation and activities of the committee. 2002, c. 17, Sched. D, s. 32 (2).

Powers and limitations

(3.2) A committee established under subsection (3.1),

(a) shall exercise the powers and duties delegated to it under that subsection with respect to all applications received under subsection (2) in relation to the election for which it is established; and

(b) shall not include employees or officers of the municipality or local board, as the case may be, or members of the council or local board, as the case may be. 2002, c. 17, Sched. D, s. 32 (2).

Appeal

(3.3) The decision of the council or local board under subsection (3) and of a committee under subsection (3) pursuant to a delegation under subsection (3.1) may be appealed to the Ontario Court of Justice within 15 days after the decision is made and the court may make any decision the council, local board or committee could have made. 2002, c. 17, Sched. D, s. 32 (2).

Appointment of auditor

(4) If it is decided to grant the application under subsection (3), the appropriate council or local board shall, by resolution, appoint an auditor to conduct a compliance audit of the candidate's election campaign finances. 2002, c. 17, Sched. D, s. 32 (3).

Licensed auditor

(5) Only an auditor who is licensed under the *Public Accounting Act, 2004* may be appointed under subsection (4). 1996, c. 32, Sched., s. 81 (5); 2004, c. 8, s. 46.

Duty of auditor

(6) An auditor appointed under subsection (4) shall promptly conduct an audit of the candidate's election campaign finances to determine whether he or she has complied with the provisions of this Act relating to election campaign finances and prepare a report outlining any apparent contravention by the candidate. 1996, c. 32, Sched., s. 81 (6).

Who receives report

(7) The auditor shall submit the report to,

(a) the candidate;

- (b) the council or local board;
- (c) the clerk with whom the candidate filed his or her nomination; and
- (d) the applicant. 1996, c. 32, Sched., s. 81 (7).

Powers of auditor

(8) For the purpose of the audit, the auditor,

- (a) is entitled to have access, at all reasonable hours, to all relevant books, papers, documents or things of the candidate and of the municipality or local board; and
- (b) has the powers of a commission under Part II of the *Public Inquiries Act*, which Part applies to the audit as if it were an inquiry under that Act. 1996, c. 32, Sched., s. 81 (8).

Costs

(9) The municipality or local board shall pay the auditor's costs of performing the audit. 1996, c. 32, Sched., s. 81 (9).

Consideration of report, legal proceeding

(10) The council or local board shall consider the report within 30 days after receiving it and may commence a legal proceeding against the candidate for any apparent contravention of a provision of this Act relating to election campaign finances. 1996, c. 32, Sched., s. 81 (10).

Recovery

(11) If the report indicates that there was no apparent contravention and the council or local board finds that there were no reasonable grounds for the application, the council or local board is entitled to recover the auditor's costs from the applicant. 1996, c. 32, Sched., s. 81 (11).

Immunity

(12) No action or other proceeding for damages shall be instituted against an auditor appointed under this section for any act done in good faith in the execution or intended execution of the audit or for any alleged neglect or default in its execution in good faith. 1996, c. 32, Sched., s. 81 (12).

Schedule — "B"

Municipal Act, 2001, S.O. 2001, c. 25

23.1(1) Without limiting sections 9, 10 and 11, those sections authorize a municipality to delegate its powers and duties under this or any other Act to a person or body subject to the restrictions set out in this Part.

Scope of power

(2) The following rules apply to a by-law delegating any of the municipality's powers or duties:

1. A delegation may be revoked at any time without notice unless the delegation by-law specifically limits the municipality's power to revoke the delegation.
2. A delegation shall not limit the right to revoke the delegation beyond the term of the council which made the delegation.
3. A delegation may provide that only the delegate can exercise the delegated power or that both the municipality and the delegate can exercise the power.
4. A delegation or deemed delegation under paragraph 6 of a duty results in the duty being a joint duty of the municipality and the delegate.
5. A delegation may be made subject to such conditions and limits as the council of a municipality considers appropriate.
6. Where a power is delegated, the power is deemed to be delegated subject to any limits on the power and to any procedural requirements, including conditions, approvals and appeals which apply to the power and any duties related to the power are deemed to be delegated with the power. 2006, c. 32, Sched. A, s. 15.

Same

(3) The conditions and limits referred to in paragraph 5 of subsection (2) may include such matters as the following:

1. A requirement that the delegate act by by-law, resolution or otherwise, despite subsection 5 (3).
2. Procedures that the delegate is required to follow.
3. The accountability of the delegate and the transparency of the delegate's actions and decisions.

Restriction re delegation of legislative and quasi-judicial powers

23.2(1) Sections 9, 10 and 11 do not authorize a municipality to delegate legislative and quasi-judicial powers under any Act except those listed in subsection (2) and the legislative and quasi-judicial powers under the listed Acts may be delegated only to,

- (a) one or more members of its council or a council committee;
- (b) a body having at least two members of whom at least 50 per cent are,
 - (i) members of its council,
 - (ii) individuals appointed by its council,
 - (iii) a combination of individuals described in subclauses (i) and (ii); or
- (c) an individual who is an officer, employee or agent of the municipality. 2006, c. 32, Sched. A, s. 15.

Restriction re applicable Acts

(2) For the purposes of subsection (1), the listed Acts are this Act, the *Planning Act*, a private Act relating to the municipality and such other Acts as may be prescribed. 2006, c. 32, Sched. A, s. 15.

Restriction re certain corporations

(3) Despite clause (1) (b), no delegation of a legislative or quasi-judicial power shall be made to a corporation incorporated in accordance with section 203. 2006, c. 32, Sched. A, s. 15.

Restriction re officers, employees, etc.

(4) No delegation of a legislative power shall be made to an individual described in clause (1) (c) unless, in the opinion of the council of the municipality, the power being delegated is of a minor nature and, in determining whether or not a power is of a minor nature, the council, in addition to any other factors it wishes to consider, shall have regard to the number of people, the size of geographic area and the time period affected by an exercise of the power. 2006, c. 32, Sched. A, s. 15.

Same

(5) Without limiting subsection (4), the following are examples of powers considered to be of a minor nature:

1. The power to close a highway temporarily.
2. The power to issue and impose conditions on a licence.

3. The powers of the council of a municipality that are described in the following provisions of the old *Municipal Act*, as those provisions read on December 31, 2002:

- i. Paragraphs 107, 108, 109 and 110 of section 210.
- ii. Paragraph 3 of section 308.
- iii. Subsection 312 (2) and clauses 312 (4) (a) and (b). 2006, c. 32, Sched. A, s. 15.

Regulations

(6) The Minister may make regulations prescribing Acts for the purpose of subsection (2). 2006, c. 32, Sched. A, s. 15.

Powers that cannot be delegated

23.3(1) Sections 9, 10 and 11 do not authorize a municipality to delegate any of the following powers and duties:

1. The power to appoint or remove from office an officer of the municipality whose appointment is required by this Act.
2. The power to pass a by-law under Parts VIII, IX and X.
3. The power to incorporate corporations in accordance with section 203.
4. The power to adopt an official plan or an amendment to an official plan under the *Planning Act*.
5. The power to pass a zoning by-law under the *Planning Act*.
6. The powers to pass a by-law under subsections 108 (1) and (2) and 110 (3), (6) and (7).
7. The power to adopt a community improvement plan under section 28 of the *Planning Act*, if the plan includes provisions that authorize the exercise of any power under subsection 28 (6) or (7) of that Act or under section 365.1 of this Act.
8. The power to adopt or amend the budget of the municipality.
9. Any other power or duty that may be prescribed. 2006, c. 32, Sched. A, s. 15.

Delegation of administrative powers

(2) Nothing in subsection (1) prevents a municipality from delegating its administrative powers. 2006, c. 32, Sched. A, s. 15.

Appeal dismissed.

Footnotes

- ¹ This phrase comes from *Canada v. Pharmaceutical Society (Nova Scotia)*, [1992] 2 S.C.R. 606 (S.C.C.). It is explained at para. 29 below.
- ² The relevant provisions of s. 23 of the *Municipal Act, 2001*, are set out in Schedule "B" to these reasons.
- ³ *Mastroguseppe v. Vaughan (City)*, 2008 ONCJ 763 (Ont. C.J.) at para. 62.
- ⁴ See also *Cochrane v. Ontario (Attorney General)* (2008), 92 O.R. (3d) 321 (Ont. C.A.) at paras. 37-39, 44.
- ⁵ *Cochrane* at para. 44.
- ⁶ At para. 154 of the reasons for decision of the application judge.
- ⁷ It will be apparent that I reject the submission that Council thought it had an obligation to commence legal proceedings. It clearly knew it had a discretion in that regard.
- ⁸ At p. 14.
- ⁹ At p. 121.
- ¹⁰ Stephen Auerback & John Mascalin, *The Annotated Municipal Act*, 2d ed., looseleaf (Toronto: Carswell, 2009) vol. 1 at MA2-135.
- ¹¹ See s. 102.1 of the *Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M. 45, as amended by S.O. 1996, c. 32, Part II, s. 14, which was in effect from December 19, 1996, to January 1, 2003. Section 102.1 reads as follows:
Delegation of administrative functions
102.1(1) The council of a municipality may, by by-law, delegate to a committee of council or to an employee of the municipality any powers, duties or functions that are administrative in nature.
(2) The council may, in the by-law, impose conditions on the exercise or performance of the delegated powers, duties and functions.
(3) Subsection (1) does not authorize the delegation of powers, duties, or functions that are legislative or otherwise non-administrative in nature, such as the power to pass by-laws, adopt estimates, levy, cancel, reduce or refund taxes, or appoint persons to and remove them from offices created by statute.
- ¹² *Krieger v. Law Society (Alberta)*, [2002] 3 S.C.R. 372 (S.C.C.) at paras. 29 - 32. See also *Kvello v. Miazga*, 2009 SCC 51 (S.C.C.) at para. 47.
- ¹³ *Krieger* at para. 29.
- ¹⁴ *Krieger* at para. 43.
- ¹⁵ Additionally, even if the powers were quasi-judicial, it is not clear that the City could rely on s. 23.2(1) of the *Municipal Act, 2001*. However, that question need not be decided in this appeal.

16 For example, Mr. Wilkin was retained by the City of Ottawa to carry out the prosecution of Mr. Shawn Little for apparent contraventions of the *Act* relating to election campaign finances. Part way through the trial, Mr. Little successfully moved for a stay of proceedings on the basis that the prosecutor's failure to disclose evidence had breached his s. 7 *Charter* rights: a fact stated in *Little v. Ottawa (City)* (2004), 49 M.P.L.R. (3d) 115 (Ont. S.C.J.) at para. 3.

Tab 17

CITATION: Cusimano v. Toronto (City), 2011 ONSC 2527
COURT FILE NOS.: CV-11-419251
CV-11-418325
DATE: 20110421

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Hoy J.

REASONS FOR DECISION

I OVERVIEW

[1] Two applications are before me arising out of irregularities in the addition of persons to the voters' list in the City of Toronto's municipal elections held October 25, 2010. Agustine Cusimano, who lost the election for the position of City Councillor in Ward 9 by 89 votes, seeks a declaration that as a result of the irregularities the election of Maria Augimeri as City Councillor was invalid. Michael Sullivan, who lost the election for the position of school trustee for Ward 4 of the Toronto District School Board (Wards 7 and 8 of the City) by 56 votes seeks a declaration that the election of Stephanie Payne as trustee was similarly invalid. Each asks that I order a by-election.

[2] Section 51(1) of the *Municipal Elections Act, 1996*, S.O. 1996, c. 32 (the "MEA"), provides that an elector whose name appears on the voters' list for a voting place is entitled to vote there, subject to certain qualifications. There were numerous voting places in each Ward. As is not uncommon, some people who sought to vote were not on the voters' list for the voting place.

[3] Section 24 of the MEA provides that a person may make an application to be added to the voters' list, such application shall be in writing, and, if satisfied that the person is entitled to be added to the list, the clerk of the City of Toronto (the person responsible for conducting municipal election) shall endorse the application to indicate approval. Pursuant to section 12 of the MEA,¹ the clerk created a form of application for this purpose, called the Voters List Change Request Form (the "VLCRF"). It includes a space entitled "Signature of Election Official".

¹ Powers of clerk

12. (1) A clerk who is responsible for conducting an election may provide for any matter or procedure that,

(a) is not otherwise provided for in an Act or regulation; and
(b) in the clerk's opinion, is necessary or desirable for conducting the election. 1996, c. 32, Sched., s. 12 (1).

Forms

(2) The power conferred by subsection (1) includes power to establish forms, including forms of oaths and statutory declarations, and power to require their use. 1996, c. 32, Sched., s. 12 (2).

Proof of identification, qualification, etc.

(3) The power conferred by subsection (1) includes power to require a person, as a condition of doing anything or having an election official do anything under this Act, to furnish proof that is satisfactory to the election official of the person's identity or qualifications, including citizenship or residency, or of any other matter. 1996, c. 32, Sched., s. 12 (3); 2002, c. 17, Sched. D, s. 4.

[4] Section 52(2) of the MEA provides that on receiving an approved application under section 24 to amend the voters' list, the deputy returning officer shall amend the voters' list in accordance with the application.

[5] The most significant irregularity pointed to by Messrs. Cusimano and Sullivan is that persons were added to the voters' list and voted when neither the clerk nor any of her delegates² had signed the VLCRF. Three hundred and seventy-four of the VLCRFs in Ward 9 were not signed³ by an election official. Two hundred and twenty-four of the VLCRFs for Ward 4 of the TDSB reviewed by Mr. Sullivan were not signed by an election official.

[6] The legislature has recognized that some irregularities occur in virtually every election. Candidates and, in this case, the City of Toronto, have incurred expenses. People have exercised their right to vote, and their votes should not be discounted without good reason. Section 24 of the MEA provides that a court shall not determine an election to be invalid if the irregularity did not affect the result of the election and the election was conducted in accordance with the principles of the MEA. The issue on these applications is therefore whether the irregularities at issue affected the result of the election or the election was not conducted in accordance with the principles of the MEA. If so, the election must be declared invalid.⁴

[7] Mr. Cusimano and Mr. Sullivan argue that as a result of the failure of any election official to comply with the statutory requirement to endorse the VLCRF, the people added to the voters' list were not entitled to vote and permitting them to do so was contrary to the principles of the MEA. The number of people added without an election official signing the VLCRF exceeded the margin of votes by which Messrs. Cusimano and Sullivan lost their elections and therefore, they argue, affected the result of the election.

[8] The City of Toronto and, in the case of Mr. Sullivan's application, Ms. Payne, oppose the relief sought. They admit that VLCRFs were not signed by election officials and that irregularities occurred. They argue that the requirement in section 24 of the MEA that the clerk "endorse" the application, properly interpreted, does not require an election official to sign the VLCRF. They argue that the persons at issue would not have been added to the voters' list and given ballots if the election officials had not been satisfied that they were entitled to vote, the failure of any election official to sign the VLCRFs in issue was an insignificant procedural irregularity in the course of a very busy municipal election with record turnout and did not affect the result of the election and the elections were conducted in accordance with the principles of the MEA.

[9] For the reasons that follow, I am not satisfied that the irregularities did not affect the outcome of the elections. Both elections are accordingly declared invalid, and by-elections ordered.

² Section 15(2) of the MEA authorizes the clerk to delegate to a deputy returning officer or other election official any of the clerk's powers and duties in relation to an election, as she considers necessary.

³ In these reasons, "sign" or "signed" means writing one's name, or initials or other special mark in one's own hand.

⁴ As noted in *O'Brien v. Hamel*, (1990), 73 O.R. (2d) 87 (Div. Ct.), para. 32, the section is somewhat awkwardly expressed in the negative and should be transformed to the positive to show when an election is to be declared invalid.

II RELEVANT PROVISIONS OF THE MEA

[10] Qualifications

17. (2) A person is entitled to be an elector at an election held in a local municipality if, on voting day, he or she,

- (a) resides in the local municipality or is the owner or tenant of land there, or the spouse of such owner or tenant;
- (b) is a Canadian citizen;
- (c) is at least 18 years old; and
- (d) is not prohibited from voting under subsection (3) or otherwise by law. 2002, c. 17, Sched. D, s. 5 (2); 2005, c. 5, s. 46 (1).

Persons prohibited from voting

(3) The following are prohibited from voting:

- 1. A person who is serving a sentence of imprisonment in a penal or correctional institution.
- 2. A corporation.
- 3. A person acting as executor or trustee or in any other representative capacity, except as a voting proxy in accordance with section 44.
- 4. A person who was convicted of the corrupt practice described in subsection 90 (3), if voting day in the current election is less than five years after voting day in the election in respect of which he or she was convicted. 1996, c. 32, Sched., s. 17 (3); 2006, c. 9, Sched. H, s. 4.

Application for change re own name

24. (1) During the period that begins on the Tuesday after Labour Day and ends at the close of voting on voting day, a person may make an application to the clerk requesting,

- (a) that the person's name be added to or removed from the voters' list; or

- (b) that information on the voters' list relating to the person be amended. 1996, c. 32, Sched., s. 24 (1).

Form and manner of application

(2) The application shall be in writing and shall be filed,

- (a) in person, by the applicant or his or her agent; or
- (b) by mail, by the applicant. 1996, c. 32, Sched., s. 24 (2).

Application approved

(3) If satisfied that the applicant is entitled to have the requested change made, the clerk shall,

- (a) endorse the application to indicate approval; and
- (b) return the endorsed application to the applicant or notify the applicant that the application has been approved and the voters' list will be changed to reflect the approved application. 1996, c. 32, Sched., s. 24 (3); 2002, c. 17, Sched. D, s. 6.

Application refused

(4) If not satisfied that the applicant is entitled to have the requested change made, the clerk shall,

- (a) note the reason for refusal on the application; and
- (b) return the annotated application to the applicant. 1996, c. 32, Sched., s. 24 (4).

...

Clerk's decision final

26. The clerk's decision under section 24 or 25 is final. 1996, c. 32, Sched., s. 26.

...

Voters' list

28. (1) The clerk shall prepare and certify the voters' list for use in each voting place established under section 45. 1996, c. 32, Sched., s. 28 (1).

Same

(2) In preparing the voters' list, the clerk,

- (a) shall determine which electors appear on the voters' list for each voting place;
- (b) shall remove the names that are shown in the interim list of changes as names to be removed; and
- (c) may make any other changes approved under section 24. 1996, c. 32, Sched., s. 28

...

Elector's right to vote

51. (1) An elector whose name appears on the voters' list for a voting place is entitled to vote there, subject to subsection (2).

...

Voting procedure

52. (1) The following procedure shall be followed when a person enters a voting place and requests a ballot:

1. Subject to paragraph 3, the deputy returning officer shall give the person a ballot only if,

i. the deputy returning officer is satisfied that the person is entitled to vote at the voting place, and

ii. the person presents the prescribed proof of identity and residence or completes an application in the prescribed form, including a statutory declaration that he or she is the elector shown on the voters' list.

...

Amendment of voters' list

52. (2) On receiving an approved application under section 24 to amend the voters' list, the deputy returning officer shall amend the voters' list in accordance with the application.

...

Application

83. (1) A person who is entitled to vote in an election may make an application to the Superior Court of Justice requesting that it determine,

- (a) whether the election is valid;
- (b) whether a person's election to an office in the election is valid;
- (c) if a person's election to an office is not valid, whether another person was validly elected or is entitled to the office;
- (d) if an election is not valid or a person's election to an office is not valid, whether a by-election should be held. 1996, c. 32, Sched., s. 83 (1); 2002, c. 17, Sched. D, s. 34 (1).

...

Effect of procedural irregularities

(6) The court shall not determine an election to be invalid if,

- (a) an irregularity described in subsection (7) occurred at the election but did not affect the result of the election; and
- (b) the election was conducted in accordance with the principles of this Act. 1996, c. 32, Sched., s. 83 (6).

Same

(7) Clause (6) (a) applies to the following irregularities:

1. An irregularity on the part of the clerk or in any of the procedures before voting day.

2. Failure to have a voting place open at the appointed location and time.
3. Non-compliance with a provision of this Act or of a regulation, by-law, resolution or procedure made, passed or established under this Act, dealing with voting, counting of votes or time requirements.
4. A mistake in the use of forms, whether prescribed or not. 1996, c. 32, Sched., s. 83 (7).

III THE MEANING OF “ENDORSE” IN SECTION 24(3)

The Parties’ Positions

[11] The respondents argue that the word “endorse” in section 24(3), interpreted, as it is agreed it must be, in its entire context, in its grammatical and ordinary sense, in harmony with the object and scheme of the MEA, and the intent of the Legislature⁵ does not require that the clerk in fact sign the VLCRF .

[12] As the respondents also note, the *Legislation Act*⁶ states:

64. An Act shall be interpreted as being remedial and shall be given such fair, large and liberal interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[13] The respondents point to the definition of “endorse” in the Canadian Oxford Dictionary:

Endorse transitive verb 1. declare one’s approval of (a candidate etc.), confirm (a statement or opinion). 2.a Sign on the back of (a cheque) either as payee or to make (it) payable to someone other than the stated payee. b sign (a bill) to accept responsibility for paying it. 3. write (a supplementary or official explanation, comment or instruction) on a document, often to extend or limit its provisions.

[14] They submit that the election official endorses, in the sense of declaring his or her approval of the application to be added to the voters’ list, by the act of adding the applicant to the voters’ list pursuant to section 52(2). They point out that prior to the 1996 amendments to the MEA, which significantly shortened and simplified the legislation, the predecessor to the VLCRF was prescribed by the Act, and the predecessor to section 24(3) specifically required the “ clerk or assistant revising officer shall certify accordingly by signing the application.” They argue that the use of the work “endorse” instead of “sign” is significant.

⁵ See *Canada 3000 Inc., Re; Inter-Canadian (1001) Inc. (Trustee of)*, [2006] S.C.J. No. 24 (S.C.C.) para. 36, quoting E.A. Dreidger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) at p. 87.)

⁶ *Legislation Act*, 2006, S.O. 2006, C. 21, Schedule F

[15] They further submit that the purpose of section 24(3) is to ensure that a person who seeks to be added to the voters' list is in fact entitled to vote in that ward, which can be done by checking the identification and address of the applicant, and that this supports the interpretation of the word "endorse" as merely requiring that the official approve the application.

[16] In support of their argument that "endorse" should be given a meaning that could not result in the election being declared invalid, the respondents cite Cory J. in *Haig v. Canada; Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995, (S.C.C.) paras 129-131:

129 The right to vote is of fundamental importance to Canadians and to our Canadian democracy.

130 In the interpretation of all enfranchising statutes the provisions granting the right to vote should be given a broad and liberal interpretation. Every effort should be made to interpret the statute to enfranchise the voter.

131 Conversely every effort should be made to limit the scope of provisions which tend to disenfranchise the voter.

[17] The applicants argue that, applying the well-established principles of statutory interpretation "endorse" in this context clearly means "sign".

Analysis and Conclusion

[18] Interpreted in the context of the provision itself, the word "endorse" in my view means "sign". If it does not, then the requirement that the clerk endorse the application would be surplus and add nothing to the provision, or the MEA. The purpose of the requirement that the clerk endorse the application is to provide accountability and certainty and safeguard the integrity of the electoral process. Section 24 does not sustain the interpretation advanced by the respondents.

[19] In my view, section 52(2) also supports this interpretation. It reads, "On receiving an approved application under section 24 to amend the voters' list, the deputy returning officer shall amend the voters' list in accordance with the application." If endorse did not mean "sign", then this section should read, "On approving an application under section 24...the returning officer shall amend the voters' list...".

[20] Moreover, in establishing a form for the purpose of section 24 the clerk set out a place for the signature of the election official. This indicates to me that the clerk was of the view that a signature was required. There was no evidence from the clerk to the contrary.

[21] *Haig v. Canada* is not, in my view, a basis for abandoning the usual principles of statutory interpretation.

[22] *Haig v. Canada* arose out of a constitutional referendum with respect to the "Charlottetown Accord" held in October of 1992 pursuant to federal legislation in all provinces and territories, except Quebec. Quebec was to hold a separate referendum on the

same date and on the same question, but in accordance with provincial legislation. As a result of the different requirements as to residency in the federal and provincial legislation, Mr. Haig was not qualified to vote in either referendum. He had moved from Ontario to Quebec within six months of the referendum date, and was admittedly ordinarily resident in Quebec at the time of the election. Under the federal legislation, every person who had attained eighteen years of age and was a Canadian citizen was a qualified as an elector and was entitled to have his name included in the voters' list for the polling division in which that person was ordinarily resident.

[23] Mr. Haig argued, among other things, that the federal legislation should be interpreted to include someone ordinarily resident in Ontario at any time within 6 months prior to the referendum. He asserted that the Chief Electoral Officer had the discretion to interpret the residency requirement in the manner argued by Mr. Haig pursuant to the provision of the federal act empowering him where, "...by reason of any mistake, miscalculation, emergency or unusual or unforeseen circumstance, any of the provisions of this Act do not accord with the exigencies of the situation, the Chief Electoral Officer may...adapt any of the provisions of this Act to the execution of its intent, to such extent as he considers necessary to meet the exigencies of the situation."

[24] The majority dismissed these arguments, holding that while Mr. Haig was a qualified voter, he was not entitled to vote. Residence was a pivotal feature of the referendum scheme. The object of the federal legislation was to ensure that those who were entitled to vote were given the opportunity to do so, not to enfranchise those who were not entitled to vote. The interpretation proposed by Mr. Haig would "do violence to all cannons of interpretation as well as to legislative integrity...the court would be required to alter the clear meaning of provisions drafted by the federal government in order to accommodate exigencies arising from provisions drafted by a completely different legislative body...".⁷ The majority found that the discretion given to the Chief Electoral Officer to adapt the legislation did not extend to authorize a fundamental departure from the legislative scheme.

[25] While coming to the same result as the majority, Cory J. disagreed on the issue of statutory interpretation; he would have interpreted the "ordinarily resident" requirement in the federal act broadly to include Mr. Haig had Mr. Haig made an application to be added to the voters' list in his former riding in Ontario and provided evidence based on which it could be possibly said that he retained a substantial connection to his former riding. The fundamental importance to Canadians and to our democracy of the right to vote acknowledged by Cory J. is undisputed. The interpretation principle Cory J. advocated was not, however, applied by the majority.⁸

[26] Before me, the respondents argue that: the MEA's object is to enfranchise persons who are, pursuant to section 17(2) of the MEA, set out in its entirety above, entitled to be electors; the statutory requirements in order to be entitled to be added to the voters' list are unimportant procedural requirements; and "endorse" should be interpreted in a manner that promotes enfranchisement. While section 17(2) of the MEA incorporates the requirement for residence in the municipality, it seems to me that this is somewhat the same argument that

⁷ para. 44

⁸ Lamer J., who dissented, agreed with Cory J. on the proper approach to the definition of residency.

was rejected by the majority in *Haig v. Canada*, which recognized the dual requirement of qualification (here, the section 17(2) requirement of the MEA), and actual entitlement to vote at a particular polling station (here, section 51(1), by getting one's name on the voters list for that polling station.) In any event, while the MEA seeks to enfranchise qualified electors, it also seeks to protect the integrity of the electoral process.

[27] I also note that what is at issue on this application is not, as it was in the case of *Haig v. Canada*, whether or not persons will be permitted to vote. It is whether the test established by the legislature for determining if an election should be declared - which establishes a balance between an individual's right to vote and the integrity of the voting system, for the benefit of all - has been met. When an the election is declared invalid, the persons affected have another opportunity to vote.

[28] I conclude that the failure of an election official to sign the VLCRF breached the MEA.

IV A PRELIMINARY ISSUE: ARE THE IRREGULARITIES COMPLAINED OF DESCRIBED IN SUBSECTION 83(7) OF THE MEA AND THEREFORE SUBJECT TO THE TEST IN SUBSECTION 83(6)?

[29] Counsel for Mr. Sullivan argues that the failure of any election official to sign the VLCRF is not an irregularity described in subsection 83(7), and that the test in subsection 83(6) therefore does not have to be met in order for the court to determine that the election is invalid. He submits that the reference in subsection 83(7)3. to non-compliance with a provision of the MEA dealing with voting was intended to be restricted to provisions, such as section 54 of the MEA, dealing with the counting of votes.

[30] Counsel for Mr. Cusimano submits and the respondents concede that the irregularities in relation to the completion of the VLCRFs fall within section 83(7) of the MEA. They are either within subsection (7)3., referred to above, or (7)4.(mistake in the use of forms). As the City argues, subsection 83(6) is a remedial provision and should be broadly, rather than narrowly, construed. It does not make sense to make the fundamental issue addressed in section 54 of the MEA - which ballots are to be rejected - subject to the saving provision of subsection 83(6), and not similarly make the addition of voters to the voting list subject to such provision. Thus, the irregularities at issue are subject to subsection 83(6).

V DID THE FAILURE OF AN ELECTION OFFICIAL TO SIGN THE VLCRFS AFFECT THE RESULT OF THE ELECTION?

The Parties' Positions

[31] The parties provided me with a great number of cases decided between 1902 and 2010 dealing with elections - federal, provincial and municipal - in different parts of the country. I have read them all. The analysis ultimately turns on the competing approaches reflected in two cases.

[32] The applicants rely on *O'Brien v. Hamel*, (1990), 73 O.R. (2d) 87 (Div. Ct.) in support of their argument that votes cast by persons whose VLCRFs were not signed by an

election official must be declared invalid, and that since the number of such votes exceeds the margin by which the election was determined, the election of each of Maria Augemerri and Stephanie Payne was invalid.

[33] The respondents argue that this case can be distinguished from *O'Brien v. Hamel*. They submit that case was primarily with respect to the practice of “vouching” for persons not on a voters’ list and involved a federal not a municipal election, the statutory requirement at issue here that the clerk “shall” endorse the VLCRF is permissive or directive, rather than mandatory or imperative, failure to comply with it therefore does not render the votes cast invalid and the result of the election was accordingly unaffected. They say I should be guided by *Flookes v. Shrake*, [1989] A.J. No. 1011 (Q.B.) and, moreover, that the applicants have the onus of proving that the irregularity affected the outcome of the election.

Mandatory v. Directory: an explanation

[34] The use of the word “shall” alone is not determinative of whether a mandatory or imperative obligation is imposed. It is, however, some evidence of legislative intent.⁹

[35] *Flookes v. Shrake* discussed in more detail below, relied on the distinction between “mandatory” and “directory” provisions in legislation in finding the election valid. It explained that mandatory provisions must be obeyed or fulfilled exactly, but directory enactments need only be obeyed or fulfilled substantially; there is no general rule as to when statutes are mandatory or directory; and in determining whether a statute or a provision in a statute is mandatory or directory the court must look at the subject-matter, consider the importance of the provision and the relation of that provision to the general object intended to be secured by the statute. It noted that where a statutory provision imposes a public duty and declaring an act invalid because of the failure of the person entrusted with the duty would work serious general inconvenience or injustice to persons who have no control over those entrusted with the duty, without promoting the aims of the statute, such a provision seems to be generally understood as directory only.

O'Brien v. Hamel

[36] *O'Brien v. Hamel* involved a federal election. The applicable legislation provided that, in urban areas, electors could vote only if on the voters’ list for the poll. The legislation provided only two exceptions to this. The first was for election officials required to be at another polling station on election day. The second was that, if not on the voting list, the elector could apply to the returning officer and obtain a certificate which would permit him or her to vote and be added to the official list. The process was different for rural voting divisions. A person resident in a rural polling division not on the voters’ list was entitled to vote upon being vouched for by an elector whose name appeared on the voting list, was ordinarily resident in the polling division and personally attended with the person at the polling station and took an oath in prescribed form. The applicant was also required to take an oath. Twenty people who were not on the voters’ list for urban polling divisions, and were not added to the list in accordance with the statutory procedure, were permitted to vote after producing identification. One hundred and one people at a rural polling division were

⁹ *R. v. J.H.*, [2002] O.J. No. 268 (C.A.) , para. 23

permitted to vote although vouched for by persons not on the voting list for that polling division. The election, decided by a margin of 77 votes, was declared invalid.

[37] The saving provision at issue in *O'Brien v. Hamel* was section 83 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9. It provided that no election was to be declared invalid if the tribunal was satisfied that “the election was conducted in accordance with the principles laid down in this Act, and that such non-compliance did not affect the result of the election”.

[38] The Divisional Court held, “We have no doubt that the election officials carried out their duties diligently and tried to ensure that the principles of the Act were properly followed. However the fact of the matter is that these methods did not comply with the statute.” The fact that the methods used by election officials to satisfy themselves of the identity of the electors may have been as good as that provided for in the statute did not save the votes. The court cited, with approval, *Stoddart v. Owen Sound (Town)* (1912), 8 D.L.R. 932 (H.C.J.); leave to appeal refused (1912), 7 D.L.R. 377 (C.A.): “It is the statutory method that gives meaning and validity to the vote. The vote without the statute is of no effect, is meaningless, binds nobody.”

[39] It rejected the argument that non-compliance of an election official with the provisions of the statute should not disenfranchise a voter, the provision at issue was directory and the impugned ballots therefore should not be declared invalid.

[40] The court held that this argument did not take into account the concluding wording of the saving provision at issue, which, as in section 83 of the MEA, is that the non-compliance must not have affected the result of the election, and, as the number of ballots exceeded the margin of votes by which the election had been determined, if the impugned ballots were declared invalid non-compliance with the statute might well have affected the result of the election. Accordingly, it was not an irregularity that could be cured by the saving provision in the federal statute.

Flookes v. Shrake

[41] *Flookes v. Shrake* is a decision of the Alberta Queen’s Bench. There, a member of the provincial legislature was elected by a margin of 127 votes. There were a number of irregularities:

1. The applicable legislation provided that no person may be appointed as a deputy returning officer who was not resident in the electoral division. As enough qualified persons resident in the division could not be found, persons not resident were appointed. One hundred and twelve persons completed oaths of elector’s forms. It was argued that such votes should not be counted because the oaths may have been taken by persons not entitled to be returning officers. The court ultimately counted these votes.

2. Three polling subdivisions, each with a separate voters’ list, based on geographical area of the electors, were at the same voting location. A large number of Canadians who had not been enumerated and required the assistance of an interpreter arrived at once. As required by the legislation, each produced identification that

established his or her identity and swore an oath as to his or her residency, thereby satisfying the statutory requirements to be added to the voters' list for the polling subdivision in which they resided. They were then directed, in roughly equal numbers, to the three voting polls. In the result, 126 persons voted in a polling subdivision where they did not ordinarily reside. At the end of the day, the voters' lists were "trued up" so that the 126 people were listed on the correct voters' list. The court counted these votes, presumably because there was accountability.

3. Contrary to the legislation, 14 residents of a retirement home were permitted to vote although they had not been first enumerated and added to the voters' list. These votes were excluded by the court.

4. The legislation provided that to be added to the voters' list prescribed identification had to be produced and required the deputy returning officer to indicate on the oath form the nature of the identification accepted.

(a) Two persons were permitted to vote although they did not produce identification. The court did not count their votes.

(b) The deputy returning officer failed to note on the form the nature of the identification produced by 29 persons who did produce identification. The court counted these votes.

5. One person not resident in the subdivision voted at the poll in violation of the legislation. The court did not count his vote.

6. One person voted both at the advance poll, and on election day. The court did not count his second vote.

7. Three persons swore the required oath of an elector but did not sign the form, as required by the legislation. Their votes were counted.

8. Forty persons swore the required oath of an elector and signed the form, but the election official neglected to complete the *jurat*. The legislation required the elector to take the oath before the deputy returning officer but did not specifically require that the returning officer sign the *jurat*. The court counted these votes.

9. There was a discrepancy between the number of names on the voters' list and the number of ballots cast. This affected 11 ballots. The ballots were counted.

10. Sixty-three voters completed their affidavits before a poll clerk, as opposed to before a deputy returning officer. The legislation provides for the poll clerk to assist the deputy returning officer in the performance of his duties and the votes were counted.

11. Five voters swore their oaths before returning officers of an adjoining poll, received a ballot and then returned and voted at the proper poll. Their ballots were counted.

12. Three election officials swore the oath of election official but the *jurat* was not completed by the officer before whom the oath was sworn. Votes administered through these officials were counted.

[42] The saving provision in *Flookes v. Shrake* is slightly different than that in the MEA. It provided that an irregularity would not void the election if it is shown to the satisfaction of the court that the election was conducted in accordance with the legislation and the irregularity did not *materially* affect the result of the election.

[43] The Court in *Flookes* held that an election is “conducted in accordance with the Act” for the purposes of such test if there was “substantial compliance” with the legislation and that a review of the duties and tasks of the election officers and the manner in which they were performed or carried out must be reviewed and the election must be generally in accordance with electoral practice under the statute. The Court found that the election was conducted generally in accordance with the legislation and that most of the provisions not complied with were the result of breaches by election officials, and directory, and did not relate to improper influencing of votes or affect the will of the electors who cast their ballots. This latter comment appears to speak to the qualification in the Alberta legislation - which is not present in the MEA or in the saving provision considered in *O'Brien v. Hamel* - that the irregularity must have *materially* affected the result of the legislation. In *Flookes*, the Court held that as a result of the various irregularities, only 18 votes should not be counted.¹⁰ The result of the election was accordingly not materially affected.

Analysis and Conclusion

[44] With respect to the respondents, *O'Brien v. Hamel* does not exclusively consider the procedure of vouching in rural polling divisions. The case also addressed the fact that persons were added to the official list and permitted to vote in urban polling divisions after presenting identification but without having obtained certificates from the returning officer as required by the legislation. It is analogous to this case.

[45] The four cases the parties refer me to involving the MEA since *O'Brien v. Hamel* was decided are not of assistance in this analysis. None involved a breach of a provision of the MEA.¹¹

¹⁰ (3) 14 votes; (4)(a) 2 votes – no identification; (5) 1 vote -voter from outside the electoral division; (6) 1 vote - voted at advance poll.

¹¹ The first of these is *Thwaites v. Georgian Bay (Township)*, [2001] O.J. No. 2847 (S.C.J.). In that case, although not required by the MEA to do so, the municipality included addresses on the voters list. The candidates relied on the list to mail campaign materials. There were patterned errors on the list: the number “2” appeared before the correct address in about 1000 cases. There was no allegation of failure to comply with the MEA. The election was not declared invalid.

In the second, *Gomberg v. Toronto (City)*, (2002) 31 M.P.L.R. (3d) 52 (S.C.J.), a candidate in the 2000 Municipal Election in Toronto had a deficit and, through his campaign manager, sought an extension of the Campaign Period so that he could continue to collect funds and try and deplete the deficit. The Clerk of the municipality refused to extend the campaign period because Mr. Gomberg had not signed the form requesting the extension. The form, prescribed by regulation, was essentially a one-sentence form, advising that there was a deficit and requesting an extension. It included a place for signature by the candidate. The court noted that the

[46] Nor do the further four cases decided since *O'Brien v. Hamel* involving election legislation of other provinces that the City refers me to¹² in my view assist the City in its arguments on the issue of non-compliance with the MEA.

[47] Section 83(7)3. of the MEA refers to “Non-compliance with a *provision* of this Act” [emphasis added]; it does not, as in the case of the Alberta legislation in *Flookes*, refer to an election being “conducted in accordance with this Act.” That difference alone makes it improper to read into section 83 the “substantial compliance with the Act” as a whole qualification read into the Alberta statute in *Flookes*. Section 83 is complete, and speaks for itself.

[48] In considering the failure of election officials to endorse the VLCRFs to indicate their approval that the applicant was entitled to be added to the voters’ list, as required by section 24(3), I have also considered section 24(4), reproduced above. While not argued by the respondents, if subsection 24(4) were complied with, rejected applications would be returned and the only applications retained by the system would be those which had been approved. There was, however, no evidence as to uniform compliance with this provision and

MEA contemplated the existence of others than the candidate being in control of the campaign finances and concluded that the MEA did not require the candidate to personally sign the form.

The third case, *DiBiase v. Vaughan (City)*, 2007 CarswellOnt 8775 (S.C.J.), arose out of the 2006 mayoral election in the City of Vaughan. As permitted by the MEA, vote tabulating machines (“VTMs”) were used and programmed as directed by the Clerk. The VTMs were programmed not to return over-votes (established by the computer program in this case as ballots with more than one mark occupying more than 20 percent in the voting spaces for the office of Mayor) or under-votes (where no mark was detected or there is a visible mark occupying less than ten percent of the voting space) for correction. The 1,656 over-votes and under-votes were simply not counted. The margin of victory was only 94 votes. The court held that the election had not been conducted in accordance with the principles of the MEA (discussed below) and ordered a recount of the 1,655 ballots.

In the fourth case, *Goldie v. Brock (Township)*, [2010] O.J. No. 5650 (S.C.J.), which involved a mayoral election determined by a 13 vote margin, an application was made for a recount; a declaration under section 83 of the MEA that the election was invalid was not sought. Non-compliance with the MEA was not alleged. Votes cast by mail, where the voter did not sign the voter declaration form, as required by the procedures established by the Clerk were not counted; the court concluded that to do so would interfere with the principle of the MEA (discussed below) that the integrity of the process must be maintained throughout the election. A partial recount was ordered.

¹² In the first of these, *Beamish v. Miltenberger*, [1997] N.W.T.R. 160 (S.C.), the Court discounted proxies found invalid because they were contrary to the legislative requirements. The election was not declared invalid because the invalid votes did not affect the result of the election. The second case, *Bradwell v. Tie Lake Improvement District*, [1999] B.C.J. No. 2044 (S.C.), does not, on my reading, involve breaches of statute affecting votes in excess of the plurality. In the third case, *Reaburn v. Lorje*, [2000] S.J. No. 119 (Q.B.), there was first a judicial recount of ballots, and then an application to determine whether the election should be declared invalid. The judge on the application held that he was bound by the votes as determined by the recount judge, and that, on that basis, the outcome of the election was unaffected. While the recount judge counted some votes associated with non-compliance with the Saskatchewan statute (for example, the small white envelopes containing the ballots cast for the individual candidates were not contained in the large brown envelope provided for this purpose, as provided by the legislation), he did not count ballots which did not bear the initials of the returning officer, as required by the legislation, indicating that, “There is no required indicia of reliability and fairness where there are not the required initials.” This is in my view analogous to the failure of the clerk or any of her delegates to sign the application in this case. The fourth case, *Monaghan v. Joyce*, [2004] N.J. No. 76 (S.C.), was a preliminary application to determine questions of interpretation of the Newfoundland and Labrador legislation. The approach of Cory J. in *Haig v. Canada*, discussed above, was applied.

compliance cannot in my view be assumed, in the face of the admitted irregularities with respect to subsection 24(3) and the evidence, discussed below, that one person succeeded in voting twice.

[49] Hundreds of VLCRFs in various polling divisions were not signed by an election official. This is not a case of isolated irregularities. Nor are the irregularities trifling.

[50] As indicated above, the saving provision in *Flookes* differs in significant respects from section 83 of the MEA. *O'Brien v. Hamel*, which is a decision of the Divisional Court of this province, was decided after *Flookes*. I am therefore guided by *O'Brien v. Hamel* and conclude, applying its reasoning, that because the number of votes at issue exceeds the margin of votes by which the elections at issue were won, the failure of an election official to sign the VLCRFs affected the result of the election, and the elections of Maria Augimeri and Stephanie Payne were therefore invalid.

Section 24(3): Mandatory or Directory?

[51] Counsel for the applicants argue that, the requirement that the clerk endorse the VLCRF is mandatory and not directory.

[52] In support of their argument that the requirement that the clerk endorse the application is merely directory, the respondents refer me to section 26 of the MEA, reproduced above, which provides that the clerk's decision under section 24 or 25 (which deals with applications to remove another person's name from the list) is final, and subsection 52(1), also reproduced above, which provides that a deputy returning officer shall only give a ballot to a person who requests one if the returning officer is satisfied that the person is entitled to vote there. I understand them to submit that given the protections already afforded to the system by subsection 52(1), and the fact that there is no appeal from a decision of the clerk that someone is not entitled to be added to, or should not be deleted from, the voters' list, which they submit indicates that sections 24 and 25 are not that important, subsection 24(3) is therefore directory, and not mandatory.

[53] It was unclear to me whether the Divisional Court's reasoning in *O'Brien v. Hamel* was that, assuming the provision considered by it was directory, and need only have been obeyed or fulfilled substantially, and not exactly, it was not, because the non-compliance might have affected the result of the election. Or, alternatively, whether they concluded, because of the existence of the saving provision, the intention of Parliament was that the provision was mandatory, and must be obeyed, subject only to the saving provision. Given *O'Brien v. Hamel* and the similarity of the test in section 83 of the MEA to that in section 83 of the *Canada Elections Act*, it does not seem to matter whether the "shall" in section 24(3) is mandatory or directory.

Onus

[54] The respondents rely on, among other cases, *Abrahamson v. Baker and Smishek* (1964), 48 D.L.R. (2d) 725 (Sask. C.A.); *Flookes v. Shrake; Camsell v. Rabesca*, [1987] N.W.T.R. 186 (S.C.); and *Beamish v. Miltenberger*, [1997] N.W.T.J. No. 19 (S.C.) to argue that the applicants have the onus of demonstrating that the irregularity affected the result of

the election. They say that it would be unreasonable and unfair to require the City to positively prove that each voter on each VLCRF had the right to vote.

[55] The applicants rely on *Stoddart v. Owen Sound (Town), supra*, *Rose v. Cranbrook (City)*, [1982] B.C.J. No. 1600 (S.C.) (a decision of McLachlin J.) and *Warrington v. Lunenburg (Municipality)*, [2006] N.S.J. No. 256 (C.A.) to say the respondents must demonstrate that the irregularity did not affect the outcome of the election.

[56] It is unclear from the jurisprudence who, in Ontario, has the onus of demonstrating that the irregularity affected the result of the election.

[57] Ultimately, on the facts of this case, who has the onus was not a material issue. Based on *O'Brien v. Hamel*, the onus, if on the applicants, has been satisfied.

[58] Some of the cases on onus distinguish whether the test is phrased “affected the result of the election” or employs the negative, “did not affect the result of the election.” I note that both section 83 of the *Canada Elections Act* considered in *O'Brien v. Hamel* and section 83 of the MEA phrase the test as whether the non-compliance “did not affect the result of the election”.

[59] The information necessary to contact most of the voters whose VLCRFs were not signed is available from the VLCRFs. It may have been possible for the City to have contacted those voters, verified their entitlement to vote at the polling division where they cast their votes, ensure that the VLCRF was fully completed and have the clerk or one of her designates sign the VLCRF after the fact, to confirm that she was satisfied that the persons were entitled to be added to the voters’ list. While the City argues that it would be unreasonable and unfair to expect the City to do this, it is not something that the applicants could have done. Doing so would not, in my view, have offended the principles of the MEA, discussed below. Had this been done, then this case would have been quite different from *O'Brien v. Hamel*. Only a number of votes equal to the number of VLCRFs which, after such a process, were not signed by the clerk or one of her designates would have needed to be discounted in determining whether the statutory non-compliance affected the result of the election, and if the votes so discounted did not exceed the plurality by which the elections were won, a by-election could have been avoided. The City might have been in a position to establish that the statutory non-compliance did not affect the result of the election. While not argued, I have considered whether it is open to me on this application to order such a process and possibly avoid declaring the elections invalid and ordering by-elections. I have concluded that I am bound by section 83(1) and the options open to me on this application are limited to determining, based on the record before me, whether or not the elections were valid and whether a by-election should be held.

Presumption of Regularity

[60] There was evidence before me that all persons working at the polling stations were required to undergo training and take an oath of office. Reference materials - including a laminated, two-sided, place-mat sized reference sheet for ready use at the polling stations - were developed for their assistance. The clerk, faced with the unenviable task of summarizing the applicable procedures on a two-sided reference sheet, did not specifically

remind the returning officers and ballot officers on the reference sheet of their statutory obligation to sign the VLCRFs.

[61] Some of the returning officers provided evidence to the effect that the ballot officers whom they supervised were competent and hard-working, followed the procedures on the reference sheet each was provided with, and went to the returning officers for assistance or guidance if they had any questions with respect to procedures. Some of the ballot officers who gave evidence indicated that it is possible that they may have forgotten to sign VLCRFs, but it would have been due to inadvertence, and they were confident that only those entitled to vote received ballots.

[62] Based on this evidence, and section 52(1) of the MEA, which provides that a deputy returning officer shall give a person who requests a ballot only if satisfied that the person is entitled to vote there, the City argues that only persons entitled to vote would have received ballots, the failure of an election official to sign the VLCRFs was therefore procedural and trivial, and the irregularity did not affect the result of the election.

[63] Only some of the returning officers and ballot officers who worked in Ward 9 and TDSB Ward 4 provided evidence.

[64] While in this case, as in *O'Brien v. Hamel*, the clerk carried out her duties diligently and tried to ensure that the principles of the MEA were properly followed, there was documented evidence of one person taking advantage of the lack of coordination between election officers when using voters' lists at the Ward 9 polling station to vote twice to demonstrate the problems with the manner in which the election was run.¹³ At least one person not entitled to vote (again) received a ballot. Any general presumption of regularity is therefore inappropriate.

[65] In any event, *O'Brien v. Hamel* held that the fact that the methods used by election officials may have been as good as that provided for in the statute did not save the votes. Compliance with the statute was required to ensure the integrity of the system.

VI THE PRINCIPLES OF THE MEA

[66] As I have concluded that the irregularity affected the result of the election, it is not necessary for me to consider whether the election was conducted in accordance with the principles of the MEA. I will only briefly comment as follows.

[67] The principles of the MEA are not included in the MEA itself. They have been set out in case law¹⁴ as follows:

¹³ In this municipal election, each returning officer and ballot officer at a subdivision had a complete copy of the voters' list and electors could show their identification and obtain a ballot from any of them. This was done to process voters more quickly. The voting place staff were directed to switch their voters' lists every few hours to maintain the integrity of the system. This process is in contrast to the system used in Toronto prior to 2000 when I understand each polling officer had only a portion of the list - for example, names starting with "A" through "D".

¹⁴ See *Di Biase v. Vaughan (City of)* at paras. 15 and 16; *Goldie v. Brock (Township)*, at paras. 15-16

- the secrecy and confidentiality of the voting process is paramount;
- the election shall be fair and non-biased;
- the election shall be accessible to the voters;
- the integrity of the process shall be maintained throughout the election;
- there is to be certainty that the results of the election reflect the votes cast. So far as reasonably possible, valid votes shall be counted and invalid votes rejected; and
- voters and candidates shall be treated fairly and consistently.

[68] The applicants argue that if persons were added to the voters' list without satisfying the statutory requirement, designed to ensure qualification to vote, the integrity of the voters' list and thereby the election itself is critically undermined.

[69] Counsel for Mr. Cusimano points to the documented incidence, referred to above, of one person taking advantage of the lack of coordination between election officers when using voters' lists at the Ward 9 polling station to vote twice and argues that this raises the possibility that other individuals voted more than once. He also points to the following additional irregularities in the VLCRFs as supporting his argument that the integrity of the process was not maintained:

- On 284 VLCRFs there is no confirmation that a check of the applicant's identification was performed;
- on 118 VLCRFs, there is no date of birth of the applicant;
- on 52 VLCRFs, three or more problems were identified, the majority of which included a missing signature by any election official, missing confirmation that an identification check was performed and a missing date of birth of the applicant; and
- on 17 VLCRFs, there was no applicant signature.

[70] The respondents point to the significant efforts taken by the clerk to ensure that the election was carried out in accordance with the principles of the MEA, and renew their arguments that the requirement to endorse the application was simply a procedural requirement.

[71] In *O'Brien v. Hamel*, where, as here, the evidence was that the clerk carried out her duties diligently and tried to ensure that the principles of the legislation were properly followed, the Divisional Court concluded that the election was not conducted in accordance with the principles laid down in the *Canada Elections Act*. This conclusion was seemingly based on the non-compliance with the statutory procedures for adding persons to the voters list in urban areas, and entitling persons not on the voters' list to vote in rural areas.

VII COSTS

[72] Subsection 83(5) provides as follows:

Compensation

(5) If the court orders that a by-election be held, it may make such order as it considers just against a person whose act or omission unlawfully affected the result of the election, for the compensation of candidates at that election. 1996, c. 32, Sched., s. 83 (5).

[73] If the parties are unable to resolve the issue of costs, then the parties, other than the City, shall make brief written submissions to me within 14 days, and the City shall make brief written submissions in response within 10 days thereafter. No reply submissions shall be provided without leave. If the parties are of the view that it would be preferable to make any additional submissions orally, I may be spoken to, in order to arrange a time.

Hoy J.

Released: April 21, 2011

CITATION: Cusimano v. Toronto (City), 2011 ONSC 2527
COURT FILE NOS.: CV-11-419251
CV-11-418325
DATE: 20110421

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE

B E T W E E N:

AGUSTINE G. CUSIMANO
Applicant

- and -

CITY OF TORONTO
Respondent

AND BETWEEN:

MICHAEL SULLIVAN
Applicant

- and -

CITY OF TORONTO and
STEPHANIE PAYNE
Respondents

REASONS FOR DECISION

Hoy J.

CITATION: Cusimano v. Toronto (City), 2011 ONSC 7271
DIVISIONAL COURT FILE NO.: 260/11 & 259/11
DATE: 20111219

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
DIVISIONAL COURT
JENNINGS, DAMBROT and SPROAT JJ.

B E T W E E N :

AGUSTINE G. CUSIMANO)	<i>Lorne Honickman, Rory Barnable and</i>
– and –)	<i>Meredith Rady</i> , for the Respondent
CITY OF TORONTO and MARIA AUGIMERI)	<i>Dianne Dimmer, Susan Ungar and Tim Carre</i> , for the Appellant City of Toronto
– and –)	<i>Julian D. Heller and Zaby Yaqeen</i> , for the Appellant Augimeri
GLORIA SACCON and CITY OF MISSISSAUGA)	<i>Caroline Jones and Jodi Martin</i> , for the Intervener Saccon
AND BETWEEN:)	<i>Andrea Wilson-Peebles and Marcia Taggart</i> , for the Intervener City of Mississauga
MICHAEL SULLIVAN)	
– and –)	
CITY OF TORONTO and STEPHANIE PAYNE)	<i>George Rust-D'Eye</i> , for the Respondent
– and –)	<i>Dianne Dimmer, Susan Ungar and Tim Carre</i> , for the Appellant City of Toronto
CITY OF MISSISSAUGA)	<i>Julian D. Heller and Zaby Yaqeen</i> , for the Appellant Payne
– and –)	<i>Andrea Wilson-Peebles and Marcia Taggart</i> , for the Intervener City of Mississauga
– and –)	HEARD at Toronto: September 19-20, 2011

DAMBROT J.:

[1] The City of Toronto held a municipal election on October 25, 2010. Maria Augimeri defeated Augustino Cusimano for the position of City Councillor in Ward 9 by 89 votes. Stephanie Payne defeated Michael Sullivan for the position of School Trustee for Ward 4 of Toronto District School Board (“Ward 4 TDSB”) by 56 votes. Cusimano and Sullivan brought applications pursuant to s. 83(1) of the *Municipal Elections Act*, 1996, S.O. 1996, c. 32 (“MEA”) for a determination of the validity of the election. They each sought a declaration that the election they lost was invalid by reason of irregularities in the procedure for adding persons to the voters’ list at polling stations.

[2] In reasons released on April 21, 2010 and reported at 82 M.P.L.R. (4th) 263, the application judge concluded that both elections were invalid and ordered that by-elections be held. The City of Toronto, Augimeri, and Payne appealed to this Court pursuant to s. 86(1) of the MEA. They are supported by the two interveners: the City of Mississauga and Gloria Saccon, one of the voters in Ward 9.

The Voting Scheme for the City of Toronto Municipal Election on October 25, 2010

[3] Municipal elections are governed by the MEA and conducted in accordance with its provisions. Pursuant to the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, its regulations, and s. 3 of the MEA, TDSB trustee elections are conducted in the same manner. To understand the issues raised in this appeal, it is necessary to explore some of the provisions of the MEA in detail.

[4] Pursuant to s. 18 of the MEA, the clerk of a municipality may, on or before a date fixed by the Minister of Finance under the *Assessment Act*, R.S.O. 1990, c. A.31, divide the municipality into voting subdivisions and inform the Municipal Property Assessment Corporation (“MPAC”) of the boundaries. MPAC, in turn, is obliged by s. 19 of the MEA to prepare a preliminary voters’ list for each subdivision in the year of an election and provide it to the clerk. In addition, when an election is to be held, pursuant to s. 45(1), the clerk is obliged to establish the number and location of voting places for the election as he or she considers most convenient for the electors.

[5] For the 2010 City of Toronto election, the City was divided into 1,562 subdivisions, and the clerk established 1562 voting places, one in each subdivision, including 23 in Ward 9, and 57 in Ward 4 TDSB. In general, each voting place was staffed with a Managing Deputy Returning Officer (“MDRO”), who was responsible for the conduct of the election at that voting place, as many as eight Ballot Officers, a Vote Tabulation Officer, a Customer Service Officer, and in some cases an Accessibility Customer Service Officer. Smaller voting places were managed by a Deputy Returning Officer (“DRO”). In addition, there were six Supervisors who were each responsible for about four voting locations. They were responsible for ensuring that voting place staff followed the prescribed procedures and for resolving any issues that arose. All of these election officials were appointed by the clerk pursuant to s. 15(1) of the MEA.

[6] Section 17 of the MEA is concerned with the qualifications of electors. Section 17(2) provides that a person is entitled to be an elector in a local municipality if, on voting day, he or she:

- resides in, or is the owner or tenant, or the spouse of the owner or tenant of land in the local municipality;
- is a Canadian citizen;
- is at least 18 years old;
- and is not prohibited from voting under s. 17(3) – that is, is not an inmate or corporation, and does not fall within a few other prohibited categories of persons.

[7] It is important to distinguish between the qualification or entitlement to be an elector and the entitlement to vote. The distinction is clearly made in the MEA. The former, as I have just noted, is governed by s. 17. But in order to vote in a particular voting subdivision, a qualified voter must also be named on a voters' list. Section 51(1) of the MEA provides that an elector whose name appears on the voters' list for a particular voting place is entitled to vote there, subject to the voting rules in s. 51(2) and in accordance with the voting procedure in s. 52(1).

[8] The MEA also creates the procedure for the creation of the voters' list. As I have already noted, once the clerk divides the municipality into voting subdivisions, he or she informs MPAC of the boundaries, and MPAC prepares a preliminary list divided into voting subdivisions pursuant to s. 19(1) and (2). The list for a voting subdivision must contain the names of resident electors who reside in that subdivision as well as the names of non-resident electors who, or whose spouses, own or are tenants of land in the subdivision (s. 19(5)). MPAC is obliged to deliver the preliminary list to the clerk (s. 19(1)) and to the secretary of each school board (s. 21(1)). After corrections of any obvious errors are made to the preliminary list (s. 22(1)), the list constitutes the voters' list (s. 23(1)).

[9] This voters' list is bound to be incomplete. Many eligible voters will be omitted for a variety of reasons: they may have recently moved into the voting subdivision; they may have recently turned 18; they may have recently become citizens; and many other reasons including, no doubt, inadvertent error. As a result, the *MEA* makes provision for correcting and updating the list.

[10] From the Tuesday after Labour Day until the close of voting on voting day, a person may make an application to the clerk, in writing, pursuant to s. 24(1) and (2), to have his or her name added or removed from the voters' list or to have information on the list corrected.

[11] If the clerk is not satisfied that the applicant is entitled to have the requested change made, the clerk shall note the reason for the refusal on the application and return it to the applicant (s. 24(4)). If the clerk is satisfied that the applicant is entitled to have the requested change made, s. 24(3) provides that the clerk shall "endorse the application to indicate approval" (s. 24(3)(a)) and either "return the endorsed application to the applicant" or "notify the applicant that the application has been approved" and cause the voters' list to be amended (s. 24(3)(b)). By virtue of s. 26, the clerk's decision is final. If the amendment to the voters' list adds the applicant's name, the applicant is then entitled to vote in that voting place.

[12] Within ten days after nomination day (the second Friday in September by virtue of s. 31), the clerk must prepare an interim list of the changes approved under s. 24 and disseminate it (s. 27(1)). Prior to the election, the clerk must prepare and certify a voting list for use in each voting place (s. 28(1)). In preparing the list, pursuant to s. 28(2), the clerk determines which electors

will appear on the list, removes the names listed for removal in the interim list of changes, and may make the changes to the list that were approved under s. 24.

[13] Despite the procedure for adding names to the voters' list, it is inevitable that there will still be people who arrive at voting places with the intention of voting whose names are not on the voters' list. If they are qualified, these people are entitled to vote. If such a person has applied to the clerk to be added to the voters' list and the clerk returned the endorsed application to the applicant pursuant to s. 24(3)(b), the applicant may provide it to the appropriate DRO on election day, and the DRO, pursuant to s. 52(2), must then amend the voters' list. The person is then entitled to vote.

[14] What about a person who has not yet made an application to be added to the voters' list? As I have already noted, a person may apply to the clerk, pursuant to s. 24(1) and (2), to have their name added to the voters' list until the close of voting on voting day. But how is this done on voting day? Needless to say, the clerk cannot be present at each voting place to consider each application. The MEA does not specifically address this eventuality. But it does provide a solution.

[15] First and foremost, s. 15(2) of the MEA permits the clerk to delegate any of the clerk's powers and duties in relation to an election to a DRO or another election official. In addition, s. 12 authorizes a clerk who is responsible for conducting an election to provide for any matter or procedure that is necessary or desirable for conducting the election. Potential procedures include establishing forms and statutory declarations and requiring that persons furnish proof of identity or qualifications to vote before voting. In Toronto, when a hypothetical voter who is not on the voters' list arrives at a voting place, he or she is accommodated by a combination of these powers that are placed in the hands of the clerk under s. 12 and s. 15.

[16] Specifically, in relation to the 2010 Toronto election, in order to assist voters who applied to be added to the voters' list at voting places, the clerk established a form entitled the "Voters List Change Request Form (VLCRF) on Voting Day" ("VLCRF"), a copy of which appears at the end of these reasons. The clerk also established two policies that, in part, address this problem: the *Identification Policy* ("Identification Policy") and the *Procedure for Voting Place Management on Election Day* ("Voting Procedure").

[17] The Identification Policy requires that all electors who attend at a voting place produce specific identification verifying their name, qualifying address and signature in order to vote. The Voting Procedure includes two voting processes for electors whose names are not on the voters' list, one for small voting places, and a second for large voting places. In small voting places, a designated election official first confirms that the elector is in the correct ward and then gives the elector a VLCRF to complete. The official then reviews the form and, if satisfied of the elector's eligibility, adds the elector's name to the voters' list and places the VLCRF form and its duplicate in the appropriate envelopes. Once the elector has been added to the list, the DRO or the Ballot Officer proceeds as he or she would with any other elector. The procedure in a large voting place is very similar. The pertinent difference is that the elector returns the completed VLCRF to a Ballot Officer, who reviews the form, adds the elector's name to the list, places the original and duplicate VLCRF in the appropriate envelopes, and carries out the remainder of the ordinary voting process for large voting places.

[18] At the top of the VLCRF, the voter is instructed to complete sections 1 to 3 and present the form with identification showing name, address and signature.

[19] These three sections of the VLCRF are:

- (1) Change Requested – where a voter can place a tick in a box next to the words, “Add my name to the list”;
- (2) Voter Information – where a voter fills in his or her name, date of birth, address, mailing address and previous address, and ticks boxes indicating occupancy (owner, tenant, spouse of an owner or tenant, or other), residency (resident, non-resident of residential community, or non-resident of commercial or industrial property), and school support (public school, Catholic school, French language public school or French language Catholic school); and
- (3) Declaration of Voter – where the voter must sign and date a declaration that he or she is “a Canadian citizen, at least 18 years old on voting day, and entitled to be an elector” and must also declare that “the information provided above is true and accurate” and that he or she requests to have the voters’ list changed according to the information provided.

[20] At the bottom of the form is a grayed area for the use of an election official. Instructions within the grayed area direct the official to ensure that the form contains complete information, to write “cancelled” on the form if completed in error, to tick a box to show that “ID” was checked, and to place the form in the appropriate envelopes. There is also a box within the grayed area for the election official to place his or her signature. It is apparent that the VLCRF contemplates that the clerk’s requisite “endorsement” under s. 24(3)(b) be effected by the election official affixing his or her signature in the gray box.

The Conduct of the City of Toronto Municipal Election on October 25, 2010

[21] In addition to the City’s permanent election staff, the City hired an additional 11,262 persons to work on the 2010 election. I note that the same staff, voting locations and ballots were used for the TDSB trustee election as were used for the municipal election. All election staff underwent mandatory training and received election manuals, access to on-line training tools and laminated Ballot Issuing Placemats, all in an effort to ensure that they knew the policies and the voting procedures to be followed on election day and understood the importance of acting with integrity, maintaining secrecy and following policies and procedures. I note, however, that the Identification Policy, Voting Procedure, election manual and Ballot Issuing Placemat are all silent about the need to affix a signature in the gray box at the bottom of the VLCRF.

[22] There is uncontradicted evidence in the record that the returning officers and ballot officers were competent and hardworking and closely followed the voting day procedures, including the procedures for dealing with voters whose names were not on the voters’ list. But despite all of the City’s efforts and all of the efforts of the election staff, it was inevitable that irregularities would still occur, as they do in every election.

[23] As it turned out, on voting day, a number of VLCRFs were completed at voting places in Ward 9 and Ward 4 TDSB, which were not signed by an election official. Of the total of more

than 1100 VLCRFs submitted in Ward 9, 374 were not signed by an election official. There were 224 VLCRFs that were not signed by an election official in Ward 4 TDSB.

[24] But those numbers are misleading. The 374 unsigned forms in Ward 9 include forms used to add names to the voters' list, to remove names from the voters' list and to correct information on the list. Only 286 of them, according to Ms. Saccon, who reviewed all the VLCRFs, were used to add names to the list. And importantly, on only 11 of these VLCRFs did the voter fail to sign the declaration. We do not have similar information about the number of VLCRFs that were used to add names to the list in Ward 4 TDSB, as opposed to being used to remove names or correct information. We do know that there were only 8 VLCRFs in total that were missing voter declarations in Ward 4 TDSB.

The Applications for a Determination of the Validity of the Election

[25] As I have noted, Cusimano and Sullivan brought applications pursuant to s. 83(1) of the MEA for a determination of the validity of the election. They each sought a declaration that the election they lost was invalid by reason of irregularities in the procedure for adding persons to the voters' list at polling stations, and they asked the court to order that a by-election be held.

[26] The MEA provides no direct guidance about when a court should determine an election to be invalid. Instead, s. 83(6) provides that a court shall not determine an election to be invalid if:

- (a) an irregularity described in subsection (7) occurred at the election but did not affect the result of the election; and
- (b) the election was conducted in accordance with the principles of this Act.

[27] The irregularities described in s. 83(7) are:

1. An irregularity on the part of the clerk or in any of the procedures before voting day.
2. Failure to have a voting place open at the appointed location and time.
3. Non-compliance with a provision of this Act or of a regulation, by-law, resolution or procedure made, passed or established under this Act, dealing with voting, counting of votes or time requirements.
4. A mistake in the use of forms, whether prescribed or not.

[28] While there were other irregularities pointed to by the applicants, the most significant of these, and the one that occupied the time of the Court on both the application and the appeal, was that persons were added to the voters' list and voted, when neither the clerk nor any of her delegates had signed the VLCRF. The applicants argued that as a result of the failure of any election official to comply with the statutory requirement to endorse the VLCRF, the people added to the voters' list were not entitled to vote and permitting them to do so was contrary to the principles of the MEA. The number of people added without an election official signing the

VLCRF exceeded the margin of votes by which Cusimano and Sullivan lost their elections and therefore, they argued, affected the result of the election.

[29] The respondents argued that the requirement in section 24 of the MEA that the clerk "endorse" the application, properly interpreted, does not require an election official to sign the VLCRF. They argue that the persons at issue would not have been added to the voters' list and given ballots if the election officials had not been satisfied that they were entitled to vote, that the failure of any election official to sign the VLCRFs in issue was an insignificant procedural irregularity in the course of a very busy municipal election with record turnout and did not affect the result of the election, and that the elections were conducted in accordance with the principles of the MEA.

The Reasons of the Application Judge

[30] The application judge recognized that irregularities occur in every election and that when people have exercised their right to vote, their votes should not be discounted without good reason, but was "not satisfied that irregularities did not affect the outcome of the election," and so, declared both elections invalid and ordered by-elections.

[31] The application judge concluded that interpreted in the context of s. 24(3), which provides that the clerk shall "endorse the application to indicate approval," and having regard to s. 52(2) and the form itself, the word "endorse" means "sign." As a result, she found that the failure of an election official to sign a VLCRF breached the MEA.

[32] The application judge then concluded, taking guidance from the judgment of this Court in *O'Brien v. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 88, that because the number of votes at issue exceeds the margin of votes by which the elections at issue were won, the failure of an election official to sign the VLCRFs affected the result of the election, and the elections of Augimeri and Payne were therefore invalid.

[33] In coming to this conclusion, the application judge did not decide who had the onus of demonstrating whether or not the irregularity affected the result because, in her view, it was not a material issue. Based on *O'Brien v. Hamel*, she concluded that if the onus was on the applicants, it was satisfied.

[34] The application judge also considered whether the outcome of the elections could be saved on the basis of a presumption of regularity: whether it can be presumed that only people entitled to vote would have received a ballot, and so, the failure by election officials to sign all VLCRFs was procedural and trivial and did not affect the result of the election. Such a presumption, if it were to prevail, would be premised on the following factors:

- s. 52(1) of the MEA, which provides that a DRO at a voting place shall give a person a ballot only if satisfied that the person is entitled to vote there;
- the evidence of the training given to election officials, of their taking an oath of office, and of the availability to them of reference materials; and
- the evidence of some of the ballot officers that they might have forgotten to sign some VLCRFs, but it would have been due to inadvertence, and they were confident that only persons that were entitled to vote received ballots.

[35] The application judge decided that such a presumption was not available in light of evidence that one person was able to take advantage of a lack of coordination between election officials using voters' lists at one Ward 9 polling station to vote twice. In any event, she concluded that only compliance with the statute, not the quality of the methods used by election officials, could ensure the integrity of the system and save the votes.

[36] Finally, although it was not necessary for the application judge to consider whether or not the election was conducted in accordance with the principles of the MEA, she did comment on the issue briefly. As I read the judgment, however, she did not reach a conclusion on the issue.

[37] I emphasize that the only irregularity analyzed by the application judge, and the only irregularity upon which she based her decision, was the failure of election officials to sign all of the VLCRFs. On this appeal, the respondents relied on no other irregularity to support the decision of the application judge. As a result, we restrict our analysis to that issue.

Preliminary Matters Raised on this Appeal

[38] At the outset of the argument of this appeal, we were called upon to determine three preliminary issues:

- whether or not we would permit Augimeri to raise a constitutional issue that had not been considered by the application judge;
- whether or not certain new affidavits filed by Augimeri were admissible on this appeal;
- and whether or not we should give effect to an argument raised by Augimeri that Cusimano did not have standing to bring his application to have the election of Augimeri set aside.

We dealt with the first two of these issues at the outset of the argument, reserving our right to further explain our rulings in this judgment. We reserved on the third issue.

[39] It is important to understand how these issues arose. Augimeri was not a party to the original application brought by Cusimano. In his Notice of Application, Cusimano referred to Augimeri as the respondent. Despite this, his counsel made a decision to exclude Augimeri as a party. The City was served; Augimeri was not. However, Augimeri was added as a party on this appeal by Lederman J., who was of the view that the MEA contemplates that the successful candidate be a party (see *Cusimano v. Toronto (City)*, [2011] O.J. No. 3727, 2011 ONSC 4768).

[40] Of course, Augimeri was aware of the original application and could have insisted on her right to be a party. But upon being satisfied by her explanation for not doing so, Lederman J. concluded that it was appropriate to add her as a party to this appeal. Augimeri swore that she had received comforting advice from the City's legal staff that she did not have to take any steps to protect her interests. She was told that the application has "nothing to do with you" and that the City would be defending the application. With that assurance and the short time span available for Augimeri to retain and have her own solicitor prepare for the hearing, it is understandable that she did not seek to become involved personally as a party. She decided to ask to be added as a party on this appeal because the City made an initial decision not to appeal the decision of the application judge, and subsequently changed its mind. Augimeri sought to protect her interest as the winning candidate in the election. Because Augimeri was not a party at

the original application, she obviously could not have raised a constitutional challenge, filed evidence or challenged the standing of Cusimano before the application judge.

[41] I turn first to the constitutional challenge. Augimeri wanted to advance an argument that the requirement that a person who is not on the voters' list complete a VLCRF in order to vote violates sections 2(b) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Despite the fact that Augimeri could not have raised her challenge before the application judge, we refused to hear it (see our preliminary reasons at [2011] O.J. No. 4691, 2011 ONSC 5570). In his judgment adding Agumeri as a party, Lederman directed that his order was not intended to unduly widen the focus or nature of this appeal. We were satisfied that the record as it stood was woefully inadequate to support the challenge, and that hearing the challenge would necessarily violate the direction of Lederman J. and significantly widen the focus of this appeal.

[42] With respect to Augimeri's affidavit material, we admitted some of it, bearing in mind:

- that she could have filed it before the application judge had she been a party;
- that the statutory scheme contemplates that the application should be determined in a summary manner, without application records or facta (s. 83(3)); and
- that the scheme also contemplates that it may prove necessary to consider additional evidence subsequent to the initial application, albeit in a new hearing (s. 86(2)).

But we declined to admit that part of her material relating to efforts made on her behalf to determine the eligibility of voters by canvassing them and having them sign forms (see our preliminary reasons at [2011] O.J. No. 4692). We did not fully explain our thinking at that time. I will say more about it now.

[43] The evidence in question is hearsay, and so, raises concerns about necessity and reliability. In this case, we had serious concerns about reliability. Although nothing in the questioning that was carried out violated the secrecy of the ballot, it cannot be denied that the questioning of citizens about their voting is a sensitive matter, is bound to raise concerns, and must be handled with great delicacy. If it was to be done at all, it should have been done by the City, or by some obviously disinterested, professional third party. Instead it was done by partisans. Some people refused to cooperate, no doubt for this very reason. Others may have provided answers that were influenced one way or the other by the partisanship of the interrogators. As a result, we found the evidence to be unreliable and inadmissible.

[44] The final matter concerned Cusimano's standing to bring this application. Augimeri placed evidence before us that shows that there is good reason to believe that Cusimano was not qualified to vote in Ward 9. Section 83(1) permits an application to be brought challenging the validity of an election only by a person entitled to vote in that election. If Cusimano was not entitled to vote in Ward 9, he was not entitled to challenge the validity of the election in Ward 9.

[45] Despite what I have just said, we would not give effect to this argument. Even if Cusimano did not have standing to bring the application, it was heard and determined. What is more, the application judge found that there was merit to Cusimano's position and that the election was invalid. In those circumstances, it would be contrary to the public interest to set aside the decision of the application judge on this technical basis, rather than to determine whether or not the election was valid on the merits.

Analysis of the Merits of the Appeal

[46] I begin by drawing attention to matters of fact found in the record that may not have been brought to the attention of the application judge, and in any event, that are not mentioned in her reasons. I have already mentioned these circumstances, but they bear repeating. I have in mind the following.

[47] Section 12(1) of the MEA authorizes the clerk to provide for any matter or procedure that is not otherwise provided for in an Act or regulation that, in the clerk's opinion, is necessary or desirable for conducting the election. Section 12(2) provides that the power conferred by s. 12(1) includes power to establish forms, including forms of oaths and statutory declarations, and the power to require their use. Pursuant to s. 12(2), in order to assist voters who applied to be added to the voters' list at voting places in the 2010 Toronto election, the clerk established the VLCRF. That form required a voter to provide certain information pertinent to the entitlement to vote, and then to make a declaration that he or she is "a Canadian citizen, at least 18 years old on voting day, and entitled to be an elector" and that "the information provided above is true and accurate" and that he or she requests to have the voters' list changed according to the information provided. In Ward 9, in all but 11 VLCRFs that were used to add names to the voters, the voter who completed the form made the required declaration. In Ward 4 TDSB, in all but 12 VLCRFs in total, whether or not they were used to add names to the voters' list the voter who completed the form made the required declaration. To be clear, the application judge was aware of s. 12(1) of the MEA and the power to establish forms. She was aware that the VLCRF was one such form. But whether or not she was aware of it, she gave no consideration to the requirement that voters make a declaration of their entitlement to vote or the fact that in all but a small number of cases, the declaration was made.

[48] I turn first to the standard of review on this appeal and then to the issues.

What is the standard of review?

[49] Section 86(1) and (2) of the MEA provide:

- (1) An order made under subsection 83 (1) may be appealed to the Divisional Court.
- (2) The Divisional Court may make an order under subsection 83 (1) or, if it is necessary to take evidence, may order a new hearing.

[50] There can be little doubt about the standard of review on an appeal from a decision of a judge such as the one provided by s. 86. It was delineated in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235 and repeated in many subsequent cases. This standard was neatly summarized by Harvison Young J. in the judgment of this Court in *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, [2011] O.J. No. 2561, 2011 ONSC 530. She stated, at para. 17:

The law is clear that, on an appeal from a judge's decision, the applicable standard of review is one of correctness with respect to issues of law or legal principle: see *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235. The standard of review for findings of fact is that such findings cannot be reversed unless there is a palpable and overriding error: *Housen*, at para. 10. Questions of mixed fact and law are on a spectrum. If a legal question

can be separated out, it will be reviewed for correctness, but otherwise, questions of mixed fact and law will not be overturned absent palpable and overriding error: *Housen*, at paras. 36-37.

[51] That standard applies here.

Were the unsigned VLCRFs endorsed?

[52] As I have noted, s. 24(3) of the MEA requires the clerk, or the clerk's delegate, if satisfied that a person who has made a written application to have their name added to the voters' list is "entitled to have the requested change made," to:

- (a) endorse the application to indicate approval; and
- (b) return the endorsed application to the applicant or notify the applicant that the application has been approved and the voters' list will be changed to reflect the approved application.

[53] The respondents argue that the word "endorse," as it is used in s. 24(3), means "sign." The appellants argue that an application to be added to the list is endorsed, whether or not it is signed, when the election official approves the application, adds an elector's name to the list and issues a ballot to the elector. If the appellants are correct on this issue, there would be no irregularity, and their appeals would succeed. However the application judge did not accept this argument and neither do we.

[54] The appellants' position conflates the election official's approval of the application, a mental determination, with the act of endorsing the application, a physical act applied to the application form itself and evidencing approval. While endorsement could be accomplished not only by signing the application, but also by initialing it or affixing a stamp to it, some physical act applied to the form is required. No doubt adding an elector's name to the list pursuant to s. 52(2) of the MEA and the City's Voting Procedure and issuing a ballot to the elector pursuant to s. 52(1) of the MEA are each strong evidence that the application was accepted, but they do not amount to endorsement.

[55] It is true that s. 52(2) requires a DRO to amend the voters' list when he or she receives an "approved" application, and not an "endorsed" application, but this does not override the plain meaning of s. 24(3). The MEA contemplates that the approval of an application will be evidenced by the endorsement appearing on it.

[56] We turn next to the question whether adding voters to the voters' lists whose VLCRFs were not endorsed and permitting them to vote is an irregularity within the meaning of s. 83(7) of the MEA.

Is the failure to endorse a VLCRF an irregularity?

[57] Before we can consider whether or not the saving provision in s. 83(6) applies, we must first determine whether or not adding voters to the voters' lists whose VLCRF's were not endorsed and permitting them to vote is an irregularity within the meaning of s. 83(7) of the MEA. This question is of importance, because the saving provision is only available in the case of the irregularities specified in s. 83(7). The irregularities described in s. 83(7) are:

1. An irregularity on the part of the clerk or in any of the procedures before voting day.

2. Failure to have a voting place open at the appointed location and time.
3. Non-compliance with a provision of this Act or of a regulation, by-law, resolution or procedure made, passed or established under this Act, dealing with voting, counting of votes or time requirements.
4. A mistake in the use of forms, whether prescribed or not.

[58] Counsel for Sullivan argued that adding these voters to the voters' lists and permitting them to vote is a "substantive omission of a positive requirement" of the MEA, not an irregularity. As a result, it is not open to a reviewing court to consider the availability of the saving provision in s. 83(7). I do not agree. It is true that the word "irregularity" is often used to mean a failure to strictly adhere to the requirements of the law, as opposed to acting without authority. But it is clear that the legislature had something else in mind in enacting s. 83(7), which is very broad in its sweep. It includes, on its face, any non-compliance with the Act or regulations when dealing with voting.

[59] What is more, there is no policy reason to read s. 83(7) narrowly, since no irregularity can be excused if it affects the outcome of an election or violates the fundamental principles of the MEA. Rather, there is good reason to cast the net of irregularities broadly. If, for example, that net did not encompass the situation under consideration here, then logically, a single addition to the voters' list of a person whose VLCRF was not endorsed would vitiate an election. Counsel for Payne did not go this far. But surely such an error could only be overlooked if the court either invoked the saving provision or invented a new one that effectively operated in the same way.

[60] As a result, we conclude that the failure to endorse a number of VLCRFs in Ward 9 and Ward 4 TDSB amounts to an irregularity in each case. It is non-compliance with a provision of the MEA, non-compliance with a procedure made, passed, or established under the MEA, dealing with voting, and a mistake in the use of forms. We turn next to the argument about the availability of the saving provision in s. 83(6) of the MEA.

Were the elections in Ward 9 and Ward 4 TDSB valid despite these irregularities?

[61] As I have noted, s. 83(6) of the MEA provides that a court shall not determine an election to be invalid if:

- (a) an irregularity described in subsection (7) occurred at the election but did not affect the result of the election; and
- (b) the election was conducted in accordance with the principles of this Act.

[62] As can be seen, s. 83(6) is a very broad saving provision. As I have already noted, it provides a sweeping definition of "irregularity," while narrowly circumscribing the circumstances in which an irregularity will be fatal to an election. It is a recognition that irregularities are inevitable in an election and an affirmation that the democratically expressed will of the electorate should not lightly be overturned. An election will only be set aside where the irregularity either violates a fundamental democratic principle or calls into question whether the tabulated vote actually reflects the will of the electorate.

[63] Similar remedial provisions appear in most if not all Canadian election statutes. The purpose of these provisions has been stated many times. For example, in *Camsell v. Rabesca* (1987), 4 A.C.W.S. (3d) 272 (N.W.T.S.C.), Marshall J. stated, at p. 198:

A number of the cases I have cited have made the valid point that elections should not be too easily overturned and the people put through another election. There should be a sound reason for doing that.

[64] Similarly, in *Raeburn v. Lorje* (2000), 95 A.C.W.S. (3d) 655 (Sask. Q.B.), Hunter J. stated at para. 48:

The will of the electorate as expressed by their votes in the election is not to be lightly interfered with.

[65] Remedial provisions such as s. 83(6) must be given full effect, having regard to their lofty purpose.

[66] The respondents minimize the significance of setting aside an election on the basis that all qualified voters will be entitled to vote in a by-election. In my view, this misses the point. The qualified voters were entitled to vote on election day and have their votes count on that day. A by-election is an inexact substitute. Gloria Saccoccia, who, as I have already mentioned, was one of the voters in Ward 9 whose vote was discounted by the judgment of the application judge, put it well in an affidavit filed on this motion. She said, "In my view, an election is a snapshot in time. It cannot be redone and should not be done over without a good reason." I agree.

[67] A by-election is an entirely different election from the one it replaces. The candidates may be different. The issues may be different. The level of media attention may be different. The turnout may be different. And the electorate will be different: some voters will have died; some will have moved out of the ward and be entirely disenfranchised; some will have moved into the ward and may have already voted in another ward on October 25, 2010.

[68] I do not intend to belittle the value of a by-election as a remedy when there are irregularities in an election that violate the principles of the MEA or affect the results of an election. I simply say that a by-election is second best and cannot serve to lessen the significance of setting aside an election or the caution that must be exercised before doing so.

[69] Before the irregularities in this case can be excused, we must consider whether or not the prerequisites of s. 83(6) have been met. But before turning to those issues, I will begin by considering the onus of proof.

Who bears the onus of proof?

[70] There can be no doubt that the onus is on an applicant to establish that there has been an irregularity. But there is a dispute amongst the parties about where the onus lies to show whether or not the irregularity affected the result. The application judge did not decide this issue. She stated:

54 The respondents rely on, among other cases, *Abrahamson v. Baker and Smishek* (1964), 48 D.L.R. (2d) 725 (Sask. C.A.); *Flookes v. Shrake*; *Camsell v. Rabesca*, [1987] N.W.T.R. 186 (S.C.); and *Beamish v. Miltenberger*, [1997] N.W.T.J. No. 19 (S.C.) to argue that the applicants have the onus of demonstrating that the irregularity affected the result of

the election. They say that it would be unreasonable and unfair to require the City to positively prove that each voter on each VLCRF had the right to vote.

55 The applicants rely on *Stoddart v. Owen Sound (Town), supra, Rose v. Cranbrook (City)*, [1982] B.C.J. No. 1600 (S.C.) (a decision of McLachlin J.) and *Warrington v. Lunenburg (Municipality)*, [2006] N.S.J. No. 256 (C.A.) to say the respondents must demonstrate that the irregularity did not affect the outcome of the election.

56 It is unclear from the jurisprudence who, in Ontario, has the onus of demonstrating that the irregularity affected the result of the election.

57 Ultimately, on the facts of this case, who has the onus was not a material issue. Based on *O'Brien v. Hamel*, the onus, if on the applicants, has been satisfied.

58 Some of the cases on onus distinguish whether the test is phrased "affected the result of the election" or employs the negative, "did not affect the result of the election." I note that both section 83 of the *Canada Elections Act* considered in *O'Brien v. Hamel* and section 83 of the MEA phrase the test as whether the non-compliance "did not affect the result of the election".

[71] It may well be that the application judge was correct in saying that this case does not turn on the question of onus. All the same, it should be noted that there is Ontario authority on the issue of who bears the onus of showing that an irregularity did or did not affect the result of an election in addition to *Stoddart v. Owen Sound (Town)* (1912), 8 D.L.R. 932 (H.C.J.). As Eberhardt J. correctly put it in *Thwaites v. Georgian Bay (Township)*, [2001] O.J. No. 2847 (S.C.J.), at para. 24:

The onus is on the applicant to establish an irregularity. Those attempting to uphold the election have the onus of showing that the election was conducted in accordance with the Act. There is dispute about where the onus lies to show that the irregularity effected [sic] the result.

[72] That said, there is authority in Ontario in some of the cases decided before 1912 and in most of the cases decided after 1922 that points to an applicant having the onus of demonstrating that any irregularity that may exist affected the result of an election. (See, for example, *Re Sinclair v. Owen Sound* (1906), 12 OLR 488 (Div. Ct.) at para 41-43, 47, aff'd (1906), 13 O.L.R. 447 (C.A.) and (1907), 39 S.C.R. 236; *Rex ex rel. Fennessy v. Wade and Plaunt*, [1939] O.R. 537 (Ont. H.C.J.) at p.4; and *Thwaites v. Georgian Bay (Township)*, [2001] O.J. No. 2847 (S.C.J.) at para 27.)

[73] In the absence of binding authority, I find the reasoning of Marshall J. in *Camsell v. Rabesca* persuasive. After considering the history of provisions such as s. 83 and reviewing the caselaw extensively, he stated, at pp. 198-199:

I turn again to the question of onus or burden of proof. The confusion in the cases, it seems to me, arises from the interpretation of the early statutes in which showing that the irregularity was innocuous was treated as a proviso. So the cases cast a burden on the petitioners to show an irregularity, and the cases held that this in itself would give rise to the petitioner's right. Showing that the irregularity did not offset the result, it seems, was treated as a special fact, and the burden for this was placed on the party seeking to uphold the election. Later statutes and some of the cases recognized this, but others, especially those that followed the strong precedent in the *Hickey* case did not.

The problem with that allocation of onus, aside from the fact that it does not accord with the general rule as to onus, nor with the English and some of the Canadian authorities that I have cited, is that it will not lead to a proper result, I think, in some of the cases. As I have said, most elections will give rise to irregularities in the taking of the vote. In many instances of irregularities there may be no evidence on the issue, other than that the irregularity occurred. If the rule in the [*sic*] *Hickey* were the law, such election would have had to be declared invalid, that is, if there was no evidence on the question of whether the result might have been affected by the irregularity or not, or indeed if the evidence on the point were in balance. That, as this case shows, I think, will not uncommonly be the case.

On the other view, that is, following the decision in the *Morgan* case and the other cases I cited, taking the view that the onus throughout is on the petitioners, the petitioners are asserting and should be required to prove not only that there were irregularities, but that these irregularities might have affected the result. It should not be just a part of but the entire factual situation that must be shown, to give rise to the right in the petitioners, See *Vines v. Djordjevitch* (1955), 91 C.L.R. 512.

The standard of proof is not a heavy one, that is, to show that, on a balance of probabilities, the result might have been different, See *Morgan*, *supra*, and *Storey v. Zazelenchuk* (1984), 34 Sask. R. 103 (C.A.).

This view as to onus, it seems to me, as well comports with the general rule regarding the legal or persuasive burden of proof. The general rule is that he who asserts must prove, See *Woolmington v. D.P.P.*, [1935] A.C. 462, and [1935] All E.R. 1 (H.L.). The reasons [*sic*] for the rule is grounded in plain common sense, that is: that he who would call another to account in the courts, with all the trouble and expense that that entails, should be able to make out a case. The rule discourages harassment in the courts and the improper use of the legal process by enemies, adversaries, busybodies, and others.

[74] As a result, I am satisfied that the applicant bore the burden to show, on a balance of probabilities, that any irregularity found to exist affected the result of the election. However, like the application judge, I am satisfied that the question of onus is not determinative of this appeal.

Did the irregularities affect the results of the elections in Ward 9 and Ward 4 TDSB?

[75] This brings us to the real issue: did the irregularities affect the results of the elections in Ward 9 and Ward 4 TDSB? Counsel for the City invited the application judge to apply a presumption of regularity as a step in the judge's reasoning. They pointed to evidence led by the City from some of the returning officers to the effect that the ballot officers whom they supervised were competent and hard-working, followed the procedures on the reference sheet each was provided with, and went to the returning officers for assistance or guidance if they had any questions with respect to procedures. As a result, these returning officers were confident that only those entitled to vote received ballots. Based on this evidence and on section 52(1) of the MEA, which provides that a DRO shall give a person who requests a ballot only if satisfied that the person is entitled to vote there, the City argued that only persons entitled to vote would have received ballots. As a result, it submitted that the failure of an election official to sign the VLCRFs was procedural and trivial, and the irregularity did not affect the result of the election.

[76] The application judge declined this invitation. Instead, she took a very simple approach to the issue. She reasoned that because the number of votes at issue exceeded the margin of votes by which the elections at issue were won, the failure of election officials to sign some of the VLCRFs affected the result of the election, and the elections of Augimeri and Payne were therefore both invalid.

[77] I have reached the conclusion that the application judge erred in law in approaching the matter in this way, for three reasons, each of which reveals an error in law.

[78] First, I have difficulty with her refusal to apply a "presumption" that only people entitled to vote would have received a ballot. Her refusal to apply such a presumption was based solely on one item of evidence: that one person received a ballot in two polling stations. She stated, at para. 64:

While in this case, as in *O'Brien v. Hamel*, the clerk carried out her duties diligently and tried to ensure that the principles of the MEA were properly followed, there was documented evidence of one person taking advantage of the lack of coordination between election officers when using voters' lists at the Ward 9 polling station to vote twice to demonstrate the problems with the manner in which the election was run. At least one person not entitled to vote (again) received a ballot. Any general presumption of regularity is therefore inappropriate.

[79] This approach reverses the onus of proof with respect to the existence of irregularities. The onus of establishing an irregularity is unquestionably on an applicant. In this case, the applicants each established that a number of VLCRFs were not endorsed. I agree with the application judge that this was an irregularity. Without doubt, the fact that one person in Ward 9 voted at two different voting places was also an irregularity. But if these two irregularities, without more, were to shift the onus to the City to demonstrate that every other aspect of the voting procedure was regular, the scheme in s. 83 would be unworkable. The general regularity of the election must be presumed in the absence of evidence to the contrary.

[80] But that is in effect what the application judge declined to presume. Without any evidentiary foundation, she declined to presume that election officials only gave ballots to qualified persons. Giving ballots to unqualified persons would be a different and much more serious irregularity than anything established in the record before us. Evidence that one person in all of Ward 9 received a ballot at two different voting places is proof of one small irregularity. I note that this person may have been eligible to vote at either of the two voting places, but obviously not at both. But this incident provides no evidence that other unqualified persons were also given ballots. The onus was not on the City to prove that only qualified voters were given ballots. That turns s. 83(6) on its head and ignores its purpose: elections should not be too easily overturned. An application to set aside an election must be approached on the basis that it is assumed that the MEA was not violated except insofar as the contrary is established. This wrong allocation of the onus of proof is an error in law. And if it is not an error in law, then inferring from this one incident that there were “problems with the manner in which the election was run” is a palpable and overriding error.

[81] Second, and regardless of the availability of any presumption, I am of the view that the application judge was obliged to do more than simply apply an arithmetic formula to decide whether or not the irregularities affected the results of the election. She was obliged, instead, to undertake an examination of the evidence before her in an effort to see whether or not she could ascertain the true effect of the irregularities. Only if she was unable to decide the issue after that effort, should she have applied that arithmetic formula.

[82] The application judge relied on the decision of this court in *O'Brien v. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 88 in simply applying an arithmetic formula. It is quite true that in that case, the court applied an arithmetic formula, saying, at p. 98, “The courts have consistently held that if the number of irregular votes exceeds the plurality of votes cast, the election cannot stand.”

[83] But the courts reference to “irregular votes” must be examined carefully and in context. Immediately after the quoted words, in support of this principle, the court referred to *Blanchard v. Cole*, [1950] 4 D.L.R. 316 (N.S.C.A.) as a “leading case,” and quoted the pertinent language from it. That case dealt with a federal election. The court there said:

It would appear reasonable to hold that once the Court comes to the conclusion that votes were cast by a number equal to or greater than the majority claimed, by persons who had no right to cast them ... to declare the election void. [Emphasis added.]

[84] It is plain that when the Court used the term “irregular votes,” it had in mind votes by persons who were not entitled to vote. Certainly, the votes cast fit that description. They fell into several categories, but as will be seen, none, or virtually none of the voters in question were entitled to vote.

[85] In *O'Brien v. Hamel*, pursuant to the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9 (“CEA”), some voters in the riding in question voted at rural polls, while others voted at urban polls. None were on the voters’ list. In the case of the rural polls, voters not on the list were entitled to vote if they were vouched for by an elector on the list in the polling division, but the person vouched for was *not* added to the list. In the case of urban polls, voters not on the list were entitled to vote if they obtained the requisite certificate and were added to the voters’ list.

[86] In respect of the rural voters whose votes were impugned, 62 of them were vouched for by persons not entitled to vouch for them and 22 were not vouched for at all.

[87] In respect of the urban voters whose votes were impugned, 22 of them voted without obtaining a certificate and without being added to the voters' list.

[88] There were an additional 13 rural votes and 2 urban votes impugned for other reasons, making a total of 121 votes. The plurality was 77.

[89] In the result, there were 121 voters who were not on the voters' list, who were not added to the list, and who were permitted to vote in a manner that did not comply with the CEA. Finally, the case proceeded on the basis of an agreed statement of facts. There was no evidence before the court that any of the 121 irregular voters were either qualified to vote or entitled to vote. In those circumstances, it is not surprising that the court equated irregular votes with votes cast by persons who had no right to cast them.

[90] It is true that an argument was made in that case that where driver's licences or passports were shown by the voters, as apparently was the case with some of the 22 urban voters who voted without a certificate, election officials would have been able to satisfy themselves as to the identity of the electors. The court rejected this argument, saying that this method did not comply with the statute and that it is not enough to say that the alternative method pursued was as good as the prescribed method. In other words, these ballots, like all of the other impugned ballots, were "ballots in the box that should not have been there."

[91] The difference between *O'Brien v. Hamel* and this case is illustrated by considering what would have happened on election day if the applicable statute had been complied with. In *O'Brien v. Hamel*, the result of the election would have been different: 121 ballots that were in fact counted would not have been. In this case, the result of the election would have been the same. If the MEA had been complied with, the clerk would have endorsed the unendorsed VLCRFs and the ballots would have been counted.

[92] Finally, and importantly, in each and every instance in *O'Brien v. Hamel*, except perhaps for the residual 15 voters, the voter failed to do what he or she needed to do to be entitled to vote. Each of these voters either failed to have a qualified person available to vouch for them or failed to obtain the necessary certificate. That is entirely different from this case where almost all of the voters did precisely what they were supposed to do to be added to the list. It was the election official who neglected to sign the VLCRF in each case who was responsible for the irregularity.

[93] As a result, I am satisfied that the court in *O'Brien v. Hamel* did not intend to suggest that in a case where there is evidence that an irregularity did not affect the outcome of an election, it should be ignored and a simple arithmetic test applied. Once again, this amounts to an error in law.

[94] This brings me to the application judge's third error. At paragraph 59 of her decision, she held that there was no evidence in the record upon which she could conclude that the impugned VLCRs were other than invalid. In my view, this was an error in law. An erroneous determination that there is no evidence of a matter in issue is an error in law. In this case, there was a significant body of evidence that demonstrates that the irregularities had no effect on the results of the two elections. While the application judge considered some of it in the course of rejecting the invitation to apply a presumption of regularity, she overlooked the most salient

parts of it. The following is the evidence that demonstrates that the irregularities had no effect on the election.

[95] All electors were required by the Identification Policy to produce specific identification verifying their name, qualifying address, and signature in order to vote. Once it was confirmed by an election official that an elector whose name was not on the voters' list was in the correct ward, the official was required by the Voting Procedure to give the elector a VLCRF and have the elector complete it. The elector was required to record his or her name and address on the form; to tick boxes indicating occupancy, residency and school support; to sign and date a declaration that he or she was a Canadian citizen, at least 18 years old on voting day, entitled to be an elector, and that the information provided was true and accurate; and to present the completed form to an official. The official was then required to review the form, tick a box confirming that identification had been checked, and, if satisfied of the elector's eligibility, sign the form, add the elector's name to the front of the voters' list and place the original VLCRF and a duplicate in appropriate envelopes. The Ballot Officer was then required to provide the elector with a ballot and follow the ordinary voting procedure.

[96] There is no reason to doubt that this scheme was generally followed by the election officials. This conclusion is bolstered by the evidence that in addition to the City's permanent election staff, the City hired an additional 11,262 persons to work on the election, and that all of the election staff underwent mandatory training, received election manuals and other aids, were competent and hardworking, and closely followed the voting day procedures.

[97] We know, of course, that despite all of these precautions, there were 286 voters added to the voters' list in Ward 9 whose VLCRFs were not endorsed, and as many as 224 VLCRFs that were not endorsed in Ward 4 TDSB. But of those 286 voters in Ward 9, all but 11 of them signed the declaration that they were Canadian citizens, at least eighteen years old on voting day, and entitled to be an elector. And of the up to 374 unendorsed VLCRFs in Ward 4 TDSB, no more than 12 of them lacked a signed declaration that the voter was a Canadian citizen, at least eighteen years old on voting day, and entitled to be an elector.

[98] Finally, it is a fair inference, and there is no evidence to the contrary, that the election official in each case was satisfied that the voter in question was eligible to vote. Those voters would not have been added to the voters' list and given ballots if the election officials had not been satisfied that they were entitled to vote. We know, of course, that busy election officials overlooked signing the VLCRFs in many cases. But that is a far cry from imagining officials adding voters' names to the voters' list and giving ballots to those voters without being satisfied that it should be done. The former is negligent. The latter is serious misconduct. The only reasonable inference is that if any election official had not been satisfied of a voter's right to vote, that official would have returned the VLCRF to the voter pursuant to s. 24(4) of the MEA.

[99] To this must be added a very significant body of evidence: the affidavits of seventeen DROs, MDROs and Ballot Officers who were involved in the election in either Ward 9 or Ward 4 TDSB. Each of these officers acknowledged that it is possible that due to inadvertence, or to the heavy voter traffic, they may not have signed every VLCRF. Nonetheless they were all confident that they added electors to the voters' list and issued ballots to them only if they were satisfied, after the requisite identification was shown, that the electors were entitled to vote in that voting place. While of course there were more than these seventeen officials who added voters to the list in Ward 9 and Ward 4 TDSB, I consider this sample to be large enough to give

me significant confidence that very few and most likely no voters were permitted to vote who did not present the required proof of eligibility.

[100] In the end, however, in my opinion, the most significant part of this evidence is the declaration made by all but at most 23 of these voters, and probably fewer, that they were qualified to be electors, taken together with the fact that these voters were actually added to the voters' list. These declarations were made under threat of penalty if false. Section 89(h) of the MEA provides that if a person "furnishes false or misleading information to a person whom this Act authorizes to obtain information," that person is guilty of an offence and, pursuant to s. 94.1(1), is liable to a fine of not more than \$25,000. The Ontario Court of Appeal has confirmed that the submission of false information to an election official for the purpose of being added to the voters' list on election day falls within s. 89(h). (See *Sault Ste. Marie v. Tridico* (2010), 261 O.A.C. 93.) As a result, the evidence of the declarations by voters is very powerful evidence. It provides a very high level of certainty about the entitlement to vote of those persons who made them. Indeed, in the course of argument, counsel for Sullivan candidly conceded that the vast majority of the voters whose VLCRF's were not endorsed were probably eligible to vote.

[101] In fact, my certainty about the entitlement to vote of the voters who did not appear on the voters' list in the first instance is far greater than the certainty about the right to vote of voters whose names did appear on the original voters' lists. At the very least, the original lists included names of persons who had moved out of the ward and who could have voted, improperly, if they still had identification showing their former address. The fact is, however, that we trust our citizens to be honourable about their entitlement to vote, fully recognizing that a few voters will undoubtedly vote where they are not entitled to vote. The level of assurance with the voters who have signed a declaration on a VLCRF is at least as high as with any other voter. It demonstrates that, unlike in *O'Brien v. Hamel*, there were very few ballots in the box that didn't belong there.

[102] Relying on the declarations of voters that they are entitled to vote reinforces the enfranchisement of citizens and guards against disenfranchisement. The importance of these goals has been emphasized in many decisions of the courts considering election legislation, including the decision of the Supreme Court in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995. In that case, Cory J., while writing in dissent, made the following remarks at paras. 104-107, with which L'Hereux-Dubé, for the majority of the Court, at para. 54, expressed total agreement:

104 All forms of democratic government are founded upon the right to vote. Without that right, democracy cannot exist. The marking of a ballot is the mark of distinction of citizens of a democracy. It is a proud badge of freedom. While the Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees certain electoral rights, the right to vote is generally granted and defined by statute. That statutory right is so fundamental that a broad and liberal interpretation must be given to it. Every reasonable effort should be made to enfranchise citizens. Conversely, every care should be taken to guard against disenfranchisement.

105 The principle was captured by J. P. Boyer in *Election Law in Canada: The Law and Procedure* [page1049] of *Federal, Provincial and Territorial Elections* (1987), vol. 1, at p. 383:

Drawing two short lines to form an "X" is the simplest act imaginable. Yet the right to so mark a ballot is as profound as the act is simple. Such marks, systematically compiled, are transformed by our beliefs and our laws into the most eloquent voice the people have.

...

The right to cast a vote for those seeking public office is encircled by procedures and laws designed not to make the exercise of this right difficult (although someone frustrated at not being able to vote for a technical reason may feel this is the case), but rather to ensure that it cannot be easily swept away.

106 The courts have always recognized the fundamental importance of the vote and the necessity to give a broad interpretation to the statutes which provide for it. This traditional approach is not only sound it is essential for the preservation of democratic rights. The principle was well expressed in *Cawley v. Branchflower* (1884), 1 B.C.R. (Pt. II) 35 (S.C.). There Crease J. wrote at p. 37:

The law is very jealous of the franchise, and will not take it away from a voter if the Act has been reasonably complied with.... It looks to realities, not technicalities or mere formalities, unless where forms are by law, especially criminal law, essential, or affect the subject-matter under dispute. [Emphasis added.]

107 To the same effect in *Re Lincoln Election* (1876), 2 O.A.R. 316, Blake V.C. stated (at p. 323):

The Court is anxious to allow the person who claims it the right to exercise the franchise, in every case in which there has been a reasonable compliance with the statute which gives him the right he seeks to avail himself of. No merely formal or immaterial matter should be allowed to interfere with the voter exercising the franchise ...

It can be seen that enfranchising statutes have been interpreted with the aim and object of providing citizens with the opportunity of exercising this basic democratic right. Conversely restrictions on that right should be narrowly interpreted and strictly limited.

[103] If the application judge had examined all of this evidence, particularly the voter declarations, which she did not apparently examine, and even if the onus is on the City on this issue, she undoubtedly would have been assured that the demonstrated irregularities did not affect the results of the two elections. The failure to consider this evidence is an error in law. Having found that the application judge erred in law in respect of this issue, we are entitled to substitute our conclusion for the one she reached. In the alternative, the conclusion that she reached on this issue without reference to the important evidence that I have outlined is a

palpable and overriding error that again permits us to substitute our conclusion for the one she reached.

Was the election conducted in accordance with the principles of the MEA?

[104] This brings us to the last question that must be satisfied as prerequisite to invoking the saving power in s. 83(6)(b) of the MEA: was the election conducted in accordance with the principles of the MEA? Having concluded that the irregularity affected the result of the election, the application judge did not find it necessary to consider this question, although she commented on it briefly. Because I have concluded that the irregularity did not affect the result of the election, I must determine this question.

[105] I observe, first of all, that the principles of the MEA are not listed in that Act. As the Ontario Court of Appeal noted at para. 5 in *Montgomery v. Balkissoon* (1998), 38 O.R. (3d) 321, “the principles of the Act are not explicitly set out but rather must be inferred from its provisions.” The court also warned against confusing “the principles of the Act with the means used to ensure conformity with those principles.” Finally, the Court inferred one of the principles of the MEA: the proper majority vote decides the election, which is achieved by ensuring, so far as is reasonably possible, that valid votes be counted and invalid votes be rejected. I note that this is not a standard of perfection.

[106] Other courts have listed some additional principles. In *Di Biase v. Vaughan (City)* (2007), 43 M.P.L.R. (4th) 287 (S.C.J.) at para. 15, the City clerk formulated the following list of principles:

- (i) The secrecy and confidentiality of the voting process is paramount;
- (ii) The election shall be fair and non-biased;
- (iii) The election shall be accessible to the voters;
- (iv) The integrity of the process shall be maintained throughout the election;
- (v) There is to be certainty that the results of the election reflect the votes cast; and
- (vi) Voters and candidates shall be treated fairly and consistently.

[107] The parties in that case accepted this list of principles, as did Lauwers J. in *Goldie v. Brock Township* (2010), 79 M.P.L.R. (4th) 44 (Ont. S.C.J.) at para. 15. For the purposes of this appeal, I am prepared to accept this list as an acceptable list of principles, with a slight modification to principle (ii), save for principle (v), which I consider to be ambiguous. If (v) means that there must be certainty that the numerical results of an election must accord with the actual votes cast, it sets a test of perfection that can never be met. But if it means that there must be certainty that the winner of an election actually received the most votes, then it is acceptable. But this idea is better stated by the Court of Appeal in *Montgomery v. Balkissoon*: the proper majority vote decided the election, which is achieved by ensuring, so far as is reasonably possible, that valid votes be counted and invalid votes be rejected.

[108] As for the modification to principle (ii), for reasons of clarity, I would replace the words “and non-biased” with the words “and must not favour one candidate over another.”

[109] Counsel for Sullivan urged us to add three additional principles to the list, only one of which requires consideration on this appeal. He urged us to adopt as a principle that an election must comply with the mandatory statutory requirements of the MEA. I note that in several cases,

an effort has been made to distinguish mandatory provisions of the MEA and similar statutes from directory provisions. Counsel for Sullivan went on to say that since persons were added to the voters' list without satisfying what he categorized as mandatory statutory requirements, as a result, s. 83(6) is not available to save the election. In my view, compliance with the mandatory provisions of the Act should not be adopted as a principle of the MEA, for several reasons.

[110] First, such a principle would make it necessary to determine which provisions of the MEA are mandatory and which are directory. A review of those cases in which such an approach has been taken and the discussion of them by the application judge at paras. 34-53 of her judgment makes it apparent that it would be unwise to unnecessarily add that distinction to the s. 83(6) calculus.

[111] Second, and more fundamentally, such a principle would undermine the very purpose of s. 83(6). As I have already said, it is a broad saving provision that includes a sweeping definition of "irregularity," while narrowly circumscribing the circumstances in which an irregularity will be fatal to an election. It does so in recognition that irregularities are inevitable in an election and in affirmation that the democratically expressed will of the electorate should not lightly be overturned. The principle advocated by counsel for Sullivan must be rejected.

[112] A better approach to answering the question whether the election was conducted in accordance with the principles of the MEA is found in the judgment of Rose C.J.H.C. in *Rex ex rel. Fennessy v. Wade and Plaunt*, [1939] O.R. 537, who was considering an earlier but similar curative provision, which was then found in s. 163 of the *Municipal Act*, R.S.O. 1937, ch. 266. This branch of the curative provision permitted an irregularity to be cured if "the election was conducted in accordance with the principles laid down in [the Act.]" Rose C.J.H.C. stated, at p. 541:

The *Act* does not lay down principles; it lays down rules of procedure which are to be followed, and the "principles" referred to are, as Riddell J.A. said, the principles upon which an election to which those rules apply is to be conducted. And when sec. 163 says that no election shall be or be declared to be invalid for non-compliance with certain provisions of the *Act* or by reason of certain mistakes or irregularities, provided it appears that the election was conducted in accordance with the principles laid down in the *Act*, it does not mean merely that no election shall be invalid for such non-compliance, mistake, or irregularity, provided there was in all instances a following of the relevant rules. On the contrary, what is enacted is that certain breaches of the rules shall not cause the avoidance of the election if there has been an adherence to the principles; and what appears to be intended, although not expressed as clearly as it might have been, is that, if there is a general adherence to the principles, some isolated breaches of the rules, not shown to have affected the result, shall not avoid the election.

[113] He further stated, at p. 542:

There is, then, no object in comparing the cases in the hope of extracting from them a formula that can with confidence be applied in every case that may arise. In each case, as it comes up, the tribunal, I think, must try to form a practical conclusion as to whether, upon the facts as they

appear, there was a general endeavour to conduct the election upon the principles in accordance with which an election held under the Act ought to be conducted, and whether that endeavour was so far successful as fairly to call for the application of the section. On the one hand, care must be taken not to create the impression amongst those in charge of municipal elections that the Courts will be astute to find excuses for the ignoring of the regulations prescribed by the Legislature ... On the other hand, it must be remembered that the section is remedial legislation which is to be given full effect. The finding of the middle ground may be difficult, but the attempt must be made.

[114] The evidence in this case is overwhelming that “there was a general endeavour to conduct the election upon the principles in accordance with which an election held under the Act ought to be conducted” and “that endeavour was so far successful as fairly to call for the application of the section.”

The Elections Were Valid

[115] For these reasons, the appeal is allowed, the City of Toronto elections on October 25, 2010 for the position of City Councillor in Ward 9 and for the position of School Trustee for Ward 4 of Toronto District School Board are declared valid, and the order for by-elections is set aside.

[116] There remains to be determined not only the question of costs of the application and of the appeal, but also of the motion brought by Augimeri before Lederman J. to intervene as a party in the appeal (see his ruling deferring the issue of costs to the panel hearing the appeal at [2011] O.J. No. 4293, 2011 ONSC 5578.) Counsel for the appellants and interveners may file written submissions of no longer than 8 pages within 15 days of the release of this judgment. Counsel for the respondents may file written submissions of no longer than 8 pages within 30 days of the release of this judgment.

DAMBROT J.

JENNINGS J.

SPROAT J.



Voters' List Change Request On Voting Day

Instructions to the voter:

- Complete sections 1 to 3 (all information is needed to change the voters' list)
 - Present this form with identification showing your name, Toronto address and signature

① Change Requested

- Add my name to the list
 - Delete my name from the list
 - Correct my information on the list
detail the correction needed:

② Voter Information

Last Name	First Name	Date of Birth	
		Day Month Year	
Toronto Address	Unit No.	Postal Code	
Mailing Address, if different from above	Unit No.	City	Postal Code
Previous Address (must complete)	Unit No.	City	Postal Code
Occupancy: (check one)			
<input type="checkbox"/> Owner <input type="checkbox"/> Tenant <input type="checkbox"/> Spouse of an owner or tenant <input type="checkbox"/> Other			
Residency: (check one)			
<input type="checkbox"/> Resident <input type="checkbox"/> Non-resident of residential property <input type="checkbox"/> Non-resident of commercial or industrial property..... ballot: N			
School Support: (check one)			
<input type="checkbox"/> Public school (anyone can support)..... ballot: P <input type="checkbox"/> Catholic school (must be Roman Catholic)..... ballot: C <input type="checkbox"/> French language public school (must have French language education rights)..... ballot: FP <input type="checkbox"/> French language catholic school (must be Roman Catholic and have French language education rights)..... ballot: FC			

3 Declaration of Voter

I declare that I am a Canadian citizen, at least eighteen years old on voting day, and entitled to be an elector. I declare that the information provided above is true and accurate and I request to have the voters' list changed according to the information I have provided.

Signature of Voter _____ **Date** _____

For Election Official Use Only (ensure this form contains complete information)

If this form has been completed in error, write "Cancelled" across the form	Signature of Election Official	<input type="checkbox"/> Checked ID	Ward	Sub
--	--------------------------------	-------------------------------------	------	-----

MDRO: place white copy in Envelope #1, place yellow copy in Envelope #2

The personal information on this form is collected under the authority of the *City of Toronto Act, 2006*, s. 137, the *Municipal Elections Act, 1996*, ss. 24 and 25, and the *Assessment Act, 1990*, ss. 14 and 32 for purposes related to municipal elections and updating the assessment roll. Pursuant to the *Municipal Elections Act, 1996*, s. 88 this document is a public record, despite anything in the *Municipal Freedom of Information and Protection of Privacy Act (1990)*, and, until its destruction, may be inspected by any person at the City Clerk's Office at a time when the office is open. Questions about this collection can be directed to Elections Coordinator, 89 Northline Rd., Toronto, ON M4B 3G1, Telephone: 416-338-1111.

CITATION: Cusimano v. Toronto (City), 2011 ONSC 7271
DIVISIONAL COURT FILE NO.: 260/11 & 259/11
DATE: 20111219

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
DIVISIONAL COURT
JENNINGS, DAMBROT and SPROAT JJ.

B E T W E E N :

AGUSTINE G. CUSIMANO

Applicant
(Respondent)

– and –

CITY OF TORONTO and MARIA AUGIMERI

Respondents
(Appellants in Appeal)

--and --

GLORIA SACCON and CITY OF MISSISSAUGA

Interveners

AND BETWEEN:

MICHAEL SULLIVAN

Applicant
(Respondent)

-- and –

CITY OF TORONTO and STEPHANIE PAYNE

Respondents (Appellants)

-- and –

CITY OF MISSISSAUGA

Intervener

REASONS FOR JUDGMENT

DAMBROT J.

RELEASED: December 19, 2011

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: Cusimano v. Toronto (City), 2012 ONCA 907
DATE: 20121224
DOCKET: C55365

Weiler, Juriansz, and Tulloch J.J.A.

BETWEEN

Agustine G. Cusimano

Applicant (Appellant/
Respondent by way of cross-appeal)

and

City of Toronto and Maria Augimeri

Respondents (Respondents/
Appellant by way of cross-appeal/
Respondent by way of cross-appeal)

Lorne Honickman and Rory Barnable, for the appellant/respondent by way of cross-appeal, Agustine G. Cusimano

Diana Dimmer and Tim Carre, for the respondent/respondent by way of cross-appeal, City of Toronto

Julian Heller and Zabi Yaqeen, for the respondent/appellant by way of cross-appeal, Maria Augimeri

Marcia J. Taggart, for the intervener, City of Mississauga

Caroline V. Jones and Michael Fenrick, for the intervener, Gloria Saccon

Heard: November 8, 2012

On appeal and cross-appeal from the judgment of the Divisional Court (Justices John R.R. Jennings, Michael R. Dambrot, and John R. Sroat), dated December 19, 2011, with reasons reported at 2011 ONSC 7271 and 2012 ONSC 2629.

Table of Contents

A. Overview	3
B. Facts	7
(1) The Statutory Scheme for Municipal Elections and the 2010 Ward 9 City Councillor Election.....	7
(2) Decisions Prior to this Appeal.....	12
(a) The Decision of the Application Judge.....	12
(b) The Decision of the Divisional Court.....	15
(c) <i>Opitz v. Wrzesnewskyj</i>	20
C. Legal Issues and Analysis.....	24
(1) Are the irregularities in the 275 VLCRFs sufficient in and of themselves to discount the votes they represent?	24
(2) What evidence was the Divisional Court entitled to consider in concluding that the omission of the election official's signature did not affect the result of the election?	29
(3) Conclusion on the Main Appeal.....	34
D. Costs	35
(1) Facts	36
(a) Costs Before the Application Judge	36
(b) Augimeri's Motion to Intervene as a Party	36
(c) Costs Before the Divisional Court	39
(d) <i>Opitz</i> and Costs.....	45
(2) The Parties' Positions Respecting the Divisional Court's Decision on Costs	47
(3) Analysis of Costs for Augimeri's Motion to Intervene and Proceedings Before the Application Judge and the Divisional Court	49
(4) Costs of this Appeal.....	57
(5) Summary of Costs	59

Weiler J.A.:

A. OVERVIEW

[1] This appeal requires the court to determine whether Maria Augimeri was validly elected as a City Councillor in Ward 9 of the City of Toronto.

[2] In the October 25, 2010 municipal election conducted pursuant to the Ontario *Municipal Elections Act, 1996*, S.O. 1996, c. 32 (“MEA”), Maria Augimeri defeated Agustine Cusimano by a plurality of 89 votes. There is no suggestion of fraud, although one person voted twice. Cusimano contested the validity of Augimeri’s election,¹ primarily on the basis of irregularities contained in the “Voters’ List Change Request Forms” (VLCRFs).

[3] VLCRFs are used when a person’s name is not on the voters’ list for a particular ward. In such instances, that person will be asked to do two things: first, to present identification verifying his or her name, qualifying address, and signature, like all other voters who attend at a voting place on election day; and second, to complete and sign a VLCRF containing a declaration of entitlement to vote. An election official, having verified that identification was provided and the form was properly completed, will then add his or her signature to the end of the VLCRF and provide the voter with a ballot.

¹ Cusimano was joined in his application by Michael Sullivan, the unsuccessful candidate by 56 votes for the position of School Trustee for Ward 4 of Toronto District School Board. Sullivan also participated in the proceeding before the Divisional Court, but was not a party to the appeal before this court. Therefore, I will confine these reasons to the Ward 9 election.

[4] In the Ward 9 election, 275 VLCRFs used to add voters to the voters' list were submitted without an election official's signature, though each contained a signed declaration of the voter attesting to his entitlement to vote.² The omission of the election official's signature on these VLCRFs was a clerical mistake that was not within the voters' control or that of the candidates. Although Cusimano complains of hundreds of irregularities in the Ward 9 election, these 275 VLCRFs that lack an election official's signature but include a voter declaration are the focus of this appeal.

[5] Cusimano applied to the Superior Court to determine the validity of the election pursuant to s. 83(1) of the MEA. Section 83(6) states that the court shall not determine an election to be invalid if (a) a procedural irregularity occurred that "did not affect the result of the election" and (b) "the election was conducted in accordance with the principles of this Act."

[6] As discussed in greater detail below, the application judge and the Divisional Court adopted two divergent approaches to determining whether the irregularities in Ward 9 did, in fact, "affect the result of the election."

[7] Following the Divisional Court's decision, the Supreme Court of Canada released its reasons in *Opitz v. Wrzesnewskyj*, 2012 SCC 55. The majority's

² According to the Divisional Court, there were some 1100 VLCRFs submitted in Ward 9. 374 were not signed by an election official. Only 286 of those VLCRFs were used to add a voter to the voters' list. Of these 286, all but 11 had signed declarations by the voter seeking to be added.

reasons, also discussed in greater detail below, provide support for the Divisional Court's approach and conclusion.

[8] In *Opitz*, the Supreme Court of Canada dealt with a challenge to the validity of an election under the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9 (“CEA”). A number of voter declaration forms, which are functionally equivalent to VLCRFs, were not signed by the voter, but were signed by the election official. As is the case here, the Supreme Court had to choose between two divergent approaches in determining whether the omission affected the result of the election.

[9] The two approaches were the procedural approach, whereby failure to follow a procedural safeguard will invalidate the vote cast, and the substantive approach, whereby primacy is given to the underlying right to vote and failure to follow a procedural safeguard is not determinative. Rather, when the court follows the substantive approach, it will have regard to all of the evidence respecting the vote, and decide whether persons not entitled to vote, voted. The majority of the Supreme Court in *Opitz* rejected the procedural approach in favour of the substantive approach.

[10] The Supreme Court also adopted the “magic number test.” Under the “magic number test,” the court considers whether the number of discounted ballots was greater than the plurality by which the person originally elected won. If so, the court should exercise its discretion to annul the election. Applying the

“magic number test” to this case, if the votes represented by the 275 VLCRFs are discounted, then the election is invalid because the discounted votes exceed the 89 votes by which Augimeri won.

[11] Applying the specific wording of the MEA and the substantive approach endorsed in *Opitz*, I conclude that the omission of the election official’s signature on those 275 VLCRFs did not compromise the voter’s underlying entitlement to vote. The 275 ballots represented by those VLCRFs should not be discounted, as the procedural irregularities in issue did not “affect the result of the election.”

[12] For that reason and the reasons that follow, I would therefore uphold the decision of the Divisional Court and dismiss the appeal.

[13] Certain additional issues were argued before this court by Augimeri, the winning candidate in Ward 9, who became a party to these proceedings after the application judge’s decision. These issues were also raised before the Divisional Court, but it did not decide them. I do not propose to decide them here. There is no decision at first instance to review and the resolution of these issues is not essential to the ultimate outcome of this appeal.

[14] A subsidiary but important issue to the main appeal is who should pay the costs of the proceedings. I will consider the question of costs after I deal with the main appeal.

B. FACTS

(1) The Statutory Scheme for Municipal Elections and the 2010 Ward 9 City Councillor Election

[15] The MEA is the governing statute for municipal elections held in the province of Ontario. There are several notable elements of the statutory scheme for the purposes of this appeal.

[16] Section 17(2) sets out a list of qualifications which entitle an individual to vote in a municipal election on voting day. It stipulates that a qualified elector will:

- Reside in or own property located in the municipality or be a spouse of such an owner or tenant;
- Be a Canadian citizen;
- Be at least 18 years old; and
- Not be prohibited from voting under s. 17(3) or otherwise by law.³

[17] Prior to election day, a preliminary voters' list is prepared by the Municipal Property Assessment Corporation (MPAC) for each polling division. Typically, the voters' list does not contain complete information and requires amendment

³ Persons prohibited from voting under s. 17(3) are inmates serving a sentence in a penal or correctional institution, a corporation, an executor, trustee or any other person acting in a representative capacity, except as a voting proxy in accordance with s. 44 of the MEA, and persons convicted of a corrupt practice under the MEA, if the election is less than five years after the date of the election in respect of which they were convicted.

on the day of the election to accommodate qualified and eligible individuals who have been left off the list by MPAC.

[18] An individual who has been left off of the voters' list and is seeking to be added must complete a VLCRF. A VLCRF has three sections that the voter is instructed to complete. The first section requires the voter to specify what kind of change is being requested – for example, a voter might check the box which says "Add my name to the list". The second section requires the voter to fill in his or her name, date of birth, and address, and to specify his or her entitlement to vote – for example, a voter might check the box that says "Resident" if he or she is a resident of the ward in which the polling station is located. The third section requires the voter to sign and date a declaration that he or she is "a Canadian citizen, at least 18 years old on voting day, and entitled to be an elector" and that "the information provided...is true and accurate."

[19] The VLCRF also has a section that the election official manning the polling station is instructed to complete. The election official is to review the form to ensure it contains complete information, mark a box indicating that the voter's identification has been checked, and place his or her signature at the bottom of the form. A substantial number of the VLCRFs that were not signed by the

election official had a checkmark confirming that the election official had checked the voter's identification.⁴

[20] In support of his submission that the 275 VLCRFs not signed by an election official should be declared invalid, Cusimano points to s. 24 of the MEA. Section 24(3) stipulates that if the clerk is "satisfied that the applicant is entitled to have the requested change made, the clerk shall...endorse the application to indicate approval...and the voters' list will be changed to reflect the approved application."

[21] Cusimano submits that in order to comply with the statutory requirement that the clerk "endorse the application," the election officials processing the VLCRFs were required to place their signatures on each submitted form. Their failure to do so amounts to an irregularity that provides a basis for annulling the election in Ward 9 and ordering a new one.

[22] Section 83(1) permits a person who is entitled to vote in an election to contest the validity of that election. The person may make an application to the Superior Court of Justice for a determination of whether an election is valid and, if it is not, whether a by-election should be held. The MEA does not provide any specific guidelines indicating when it is appropriate for a judge to invalidate an

⁴ According to Cusimano, 108 VLCRFs that were not signed by an election official did have a confirming checkmark. However, not all of these VLCRFs were completed for the purpose of adding a voter to the voters' list.

election. However, by including s. 83(6), the legislature has seen fit to restrict a judge's discretion in cases of procedural irregularities.

[23] Section 83(6) stipulates that “[t]he court shall not determine an election to be invalid if,

- a) an irregularity described in subsection (7) occurred at the election but did not affect the result of the election; and
- b) the election was conducted in accordance with the principles of this Act.”

[24] The procedural irregularities described in subsection (7) are:

1. An irregularity on the part of the clerk or in any of the procedures before voting day.
2. Failure to have a voting place open at the appointed location and time.
3. Non-compliance with a provision of this Act or of a regulation, by-law, resolution or procedure made, passed or established under this Act, dealing with voting, counting of votes or time requirements.
4. A mistake in the use of forms, whether prescribed or not.

[25] Together, ss. 83(6) and (7) prevent a court from invalidating an election that was conducted in accordance with the principles of the MEA, where the procedural irregularities did not affect the result. In other words, s. 83(6) amounts to a saving provision for elections in which certain specified

irregularities occurred when those irregularities did not affect the outcome or integrity of the electoral process.

[26] Before the application judge, both parties conceded that the errors in the impugned VLCRFs fell within either ss. 83(7)(3) or (7)(4), and were therefore procedural irregularities subject to the saving provision in s. 83(6). The Divisional Court also accepted this.

[27] The central issue on appeal is therefore whether these procedural irregularities “affect[ed] the result of the election”. Before us, Cusimano made no specific submissions respecting s. 83(6)(b), namely, whether the election was conducted in accordance with the principles of the Act. Nonetheless, because the words of an Act must be considered in context, the principles underlying the MEA should be borne in mind.

[28] The “principles of the Act” referred to in s. 83(6)(b) are not expressly set out in the legislation. Rather, they are to be inferred from the provisions of the Act. These inferred principles were considered at some length by Dambrot J. at paras. 104-114 of the Divisional Court’s decision in this case. For the purposes of this appeal, it is necessary for me only to refer to one of them.

[29] In *Montgomery v. Balkissoon* (1998), 38 O.R. (3d) 321, at p. 322, this court explained that the “the proper majority vote decides the election.” This principle

is enacted by “ensuring, so far as is reasonably possible, that valid votes be counted and invalid votes be rejected”: *Montgomery*, at p. 322.

[30] In articulating this principle, the court warned against confusing the principles of the Act with the means used to ensure conformity with them. This court’s comments in *Montgomery* speak to the enfranchising objectives of the MEA and the MEA’s overriding aim of ensuring that the ballots cast by individuals who are entitled to vote are not discounted by virtue of administrative or procedural errors that do not affect the result of the election.

[31] I turn now to the decisions of the application judge and the Divisional Court.

(2) Decisions Prior to this Appeal

(a) The Decision of the Application Judge

[32] The application judge was not satisfied that the irregularities in the VLCRFs had not affected the outcome of the election, and therefore declined to apply the saving provision under s. 83(6). She declared the Ward 9 election invalid and ordered a by-election.

[33] Cusimano argued before the application judge, as he did again on appeal, that the failure of an election official to sign a VLCRF was a failure to comply with the statutory requirement that a clerk or a delegate of the clerk “endorse” the application. He submitted that any individual added to the voters’ list on the

basis of a VLCRF missing an election official’s signature was, as a result of the statutory breach, not entitled to vote. Because the number of voters added to the list on the basis of a VLCRF missing an election official’s signature (275) exceeded the margin of votes by which he had lost (89), he argued that the result of the election was “affect[ed]” within the meaning of s. 83(6).

[34] The application judge accepted Cusimano’s submission that the word “endorse,” contextually interpreted within the phrase “the clerk shall...endorse the application to indicate approval”, means “sign.” By extension, she concluded that the failure of an election official to sign the VLCRF was a breach of s. 24 of the MEA, that the irregularities in the VLCRF fell within either s. 83(7)(3) or (7)(4), and that the election was therefore subject to the saving provision in s. 83(6).

[35] In considering whether the irregularities had “not affected the result of the election” within the meaning of s. 83(6), she was guided by the decision in *O’Brien v. Hamel* (1990), 73 O.R. (2d) 87. The *O’Brien* court took what the majority of the Supreme Court in *Opitz* refers to as a “procedural approach” to this determination: *Opitz*, at para. 54. Under this approach, failure to follow a procedural safeguard set out in the governing legislation is alone sufficient to discount the vote cast. If the number of discounted votes exceeds the margin of victory, it cannot be said that the statutory non-compliance did not affect the result of the election: *O’Brien v. Hamel*, at pp. 95-96.

[36] The application judge observed that the failure to comply with procedural safeguards set out in the MEA was widespread in Ward 9. At para. 49 of her reasons, she stated:

Hundreds of VLCRFs in various polling divisions were not signed by an election official. This is not a case of isolated irregularities. Nor are the irregularities trifling.

[37] Applying the reasoning in *O'Brien*, she concluded that the number of votes tainted by these irregularities exceeded the margin of votes by which Cusimano lost, and therefore that the result of the election had been affected by the irregularities. Though she considered whether it was open to her to order the City to verify the entitlement of the voters who cast the impugned ballots, she ultimately felt she was limited by the MEA to determining whether or not the election was valid on the record before her.

[38] Further, while she felt it was unclear from the jurisprudence which party bore the onus of demonstrating that an irregularity had affected the result of the election under s. 83(6), if it was on Cusimano, it had been satisfied for the reasons above.

[39] Finally, the application judge considered the respondent's submission that the election could be saved by a presumption of regularity – the presumption that only individuals entitled to vote had in fact received ballots. The respondents argued that such a presumption should arise from evidence in the record that the election officials were competent and hard-working, that they had followed the

regulatory procedures on which they were trained, and that they believed only those entitled to vote would have received ballots.

[40] The application judge declined to apply a presumption of regularity in this case. She felt it would be inappropriate in light of the proof presented by Cusimano that at least one person voted twice at a Ward 9 polling station – definitive evidence that not only individuals entitled to vote had received ballots.

[41] She concluded that the failure of the election officials to comply with the statute was fatal to the Ward 9 election, noting at para. 65:

...*O'Brien v. Hamel* held that the fact that the methods used by election officials may have been as good as that provided for in the statute did not save the votes. Compliance with the statute was required to ensure the integrity of the system.

[42] In the result, the application judge declared the Ward 9 election invalid and ordered a by-election be held.

(b) The Decision of the Divisional Court

[43] The respondents appealed the application judge's order to the Divisional Court. Maria Augimeri, the victor in Ward 9, was granted leave to join as a party to the appeal. The City of Toronto and Augimeri were supported by two interveners, both of whom intervened again in the appeal before this court: the City of Mississauga, and Gloria Saccon, one of the voters in Ward 9. Dambrot J.,

writing for the court, allowed the appeal, declared the Ward 9 election valid, and set aside the application judge's order for a by-election.

[44] Dambrot J. accepted, at paras. 54 and 60, that "endorse" within the meaning of s. 24(3) required at least "some physical act applied to the form," such as a signature, initial, or stamp, and that the failure of the election officials to endorse the VLCRFs amounted to an "irregularity" within the meaning of s. 83(7) of the MEA.

[45] He then dealt with whether the election could nonetheless be saved under s. 83(6) – whether it could be said that the result had not been affected by the irregularities and that the election had been conducted in accordance with the principles of the MEA. Dambrot J.'s description of s. 83(6), at para. 62 of the Divisional Court's reasons, bears repeating here:

...[Section] 83(6) is a very broad saving provision. As I have already noted, it provides a sweeping definition of "irregularity," while narrowly circumscribing the circumstances in which an irregularity will be fatal to an election. It is a recognition that irregularities are inevitable in an election and an affirmation that the democratically expressed will of the electorate should not lightly be overturned. An election will only be set aside where the irregularity either violates a fundamental democratic principle or calls into a question whether the tabulated vote actually reflects the will of the electorate.

[46] As I will discuss in greater detail below, this conception of s. 83(6) foreshadows the Supreme Court's decision in *Opitz*.

[47] Before deciding whether the irregularities in the 275 VLCRFs did not affect the result of the election, Dambrot J. considered which party bears the standard of proof in such a determination. He held that the applicant has the burden of establishing, on a balance of probabilities, both that an irregularity existed and that it affected the outcome.

[48] In deciding the issue of whether the result of the election was affected by the irregularity, Dambrot J. held that the application judge had erred in law in her approach, for three reasons.

[49] First, he found her refusal to apply a presumption of regularity, on the basis of evidence that one person was permitted to vote twice, unreasonable.

[50] Second, he found the application judge's use of an arithmetic formula – the number of votes at issue less the number of votes representing the margin of victory – to determine the impact of the irregularities on the result of the election to be insufficient. Instead, Dambrot J. was of the opinion that the application judge was obliged to examine all the evidence to ascertain the “true effect” of the irregularities.

[51] Determining the “true effect” of the irregularities requires the court to consider whether they resulted in either (a) votes being counted that were cast by individuals who were not entitled to cast them, or (b) votes not being counted that were cast by individuals who were entitled to cast them. Where those votes

actually changed the outcome of the election, because they exceeded the margin of victory, the irregularities could properly be said to have affected the result of the election. This approach closely parallels what the Supreme Court in *Opitz* calls the “substantive approach,” discussed in greater detail below.

[52] Third, Dambrot J. found that the application judge erred in law by finding there was no evidence in the record upon which she could conclude that the impugned VLCRFs were submitted by voters who were in fact entitled to vote. In particular, she overlooked the fact that the scheme in place for processing the VLCRFs provided a series of procedural safeguards to ensure that each ballot cast was submitted by an entitled voter. As Dambrot J. describes, at para. 95-96:

All electors were required by the Identification Policy to produce specific identification verifying their name, qualifying address, and signature in order to vote. Once it was confirmed by an election official that an elector whose name was not on the voters' list was in the correct ward, the official was required by the Voting Procedure to give the elector a VLCRF and have the elector complete it. The elector was required to record his or her name and address on the form; to tick boxes indicating occupancy, residency, and school support; to sign and date a declaration that he or she was a Canadian citizen, at least 18 years old on voting day, entitled to be an elector, and that the information provided was true and accurate; and to present the completed form to an official. The official was then required to review the form, tick a box confirming that identification had been checked, and, if satisfied of the elector's eligibility, sign the form, add the elector's name to the front of the voters' list and place the original

VLCRF and a duplicate in appropriate envelopes. The Ballot Officer was then required to provide the elector with a ballot and follow the ordinary voting procedure.

There is no reason to doubt that this scheme was generally followed by the election officials. [Emphasis added.]

[53] While Dambrot J. acknowledged the errors in hundreds of VLCRFs identified by Cusimano, he concluded that there was a significant body of evidence that in each case a voter's name was added to the voters' list, that voter was in fact eligible to vote. The evidence included the voter procedure described above, the affidavits of seventeen election officials that, to the best of their knowledge, they had followed the voting procedure, and declarations signed by 275 of 286 voters attesting to being Canadian citizens, 18 years of age, and entitled to vote.

[54] Dambrot J. placed particular emphasis on these declarations because they were made under threat of penalty of a fine of up to \$25,000, pursuant to s. 89(h) and 94.1(1) of the MEA. The declarations thus provided compelling evidence that the individuals who signed them were entitled to vote. Dambrot J. also pointed out that "relying on the declarations of voters that they are entitled to vote reinforces the enfranchisement of citizens and guards against disenfranchisement": para. 102.

[55] As a result, the Divisional Court allowed the appeal, declared the Ward 9 election valid, and set aside the order that a by-election be held.

(c) *Opitz v. Wrzesnewskyj*

[56] As indicated at the outset of these reasons, the adoption of the substantive approach by the majority of the Supreme Court in *Opitz* has a direct impact on the proper resolution of this appeal. I will therefore briefly review the majority's decision before discussing the legal issues raised in this case.

[57] *Opitz* won in the Etobicoke Centre electoral district by a plurality of 26 votes. *Wrzesnewskyj* was the runner-up. He applied to have the election annulled under s. 524(1)(b) of the CEA, which allows a candidate to contest the validity of an election on the grounds that there were "irregularities...that affected the result of the election".

[58] Recall that, in order for the saving provision in s. 83(6)(a) of the MEA to be applied, the court must determine that the irregularity "did not affect the result of the election". This phrase is simply the negative construction of the language contained in the CEA enabling a candidate to obtain a declaration of invalidity.

[59] The majority of the Supreme Court, whose reasons were co-authored by Rothstein and Moldaver JJ., with Deschamps and Abella JJ. concurring, dismissed the appeal. They emphasized two principles. The first is that the purpose of an election statute is "to enfranchise all persons entitled to vote and to allow them to express their democratic preferences": *Opitz*, at para. 35. The second is that a remedial by-election is not a perfect substitute because it

disenfranchises all those electors who voted in the original election: *Opitz*, at para. 48.

[60] The Supreme Court was unanimous in holding that the challenger bears the burden of proving, on a balance of probabilities, that irregularities have affected the result of the election: see *Opitz*, at paras. 52 and 172. Indeed, the majority cites the Divisional Court's decision in this case in support of its conclusion: *Opitz*, at para. 52.

[61] The majority then proceeded to discuss the two approaches historically taken to determining when irregularities will justify invalidating an election. As I have indicated, these two approaches, the procedural approach and the substantive approach, closely parallel the approaches taken by the application judge and the Divisional Court respectively in this case.

[62] The procedural approach, followed in *O'Brien v. Hamel*, requires the court to discount any vote cast where there was a failure to comply with procedural steps set out in the governing act aimed at establishing an individual's entitlement to vote: *Opitz*, at para. 54. This approach places a premium on form over substance, and risks overturning an election that reflects the will of voters who in fact had the right to vote. The procedural approach also enlarges the likelihood of litigation, because losing candidates will look for "technical administrative errors in the hopes of getting a second chance": *Opitz*, at para. 56.

[63] Unlike the procedural approach, the substantive approach looks beyond procedural non-compliance and emphasizes the purpose of an election statute, namely, “to enfranchise all persons entitled to vote and to allow them to express their democratic preferences”: *Opitz*, at para 35. In adopting the substantive approach, the majority stated, at para. 57:

The substantive approach is recommended by the fact that it focuses on the underlying right to vote, not merely on the procedures used to facilitate and protect that right. In our view, an approach that places a premium on substance is the approach to follow in determining whether there were “irregularities...that affected the result of the election”.

[64] The substantive approach, as formulated by the *Opitz* majority, entails two steps. First, an applicant seeking to invalidate an election must demonstrate that an “irregularity” has occurred. Because an “irregularity” is not specifically defined in the CEA, the majority defines an “irregularity” as a “breach of a statutory provision designed to establish a person’s entitlement to vote”: *Opitz*, at para. 58. By “entitlement”, the court means an individual’s age, citizenship, and residence – not compliance with procedural safeguards under the governing act: *Opitz*, at para. 63.

[65] The second step an applicant must take under the substantive approach is to demonstrate that the irregularity “affected the result” of the election by establishing that someone not entitled to vote, voted. A vote cast by someone not entitled to vote will be considered invalid and discounted. A discounted vote

affects the result of the election, because it changes the vote count: *Opitz*, at para. 59.

[66] Once an applicant has led evidence of an irregularity respecting entitlement to vote, his or her *prima facie* evidentiary burden is met. The respondent then must adduce evidence that either no irregularity occurred or, despite the irregularity, that the votes in question are valid: *Opitz*, at para. 61. A court may consider any evidence, produced by either party, including after the fact evidence, which is relevant to the three criteria of entitlement: age, citizenship and residence: *Opitz*, at paras. 62-63.

[67] If it is established on the basis of all the evidence that there were irregularities that “affected the result of the election”, a court may annul the election. This discretion should be exercised when the court is satisfied that the true winner of the election is in doubt. The winner of the election will be in doubt when a sufficient number of votes have been discounted on the basis that they were cast by persons not entitled to vote.

[68] Specifically, while leaving room for the possibility of another, “more realistic” method for assessing controverted elections, the majority endorsed the “magic number test”: *Opitz*, at paras. 71-73. As discussed above, under this approach, an election will be declared invalid where the number of discounted

votes exceeds the margin of victory. This is the same formula used by the application judge and the Divisional Court in this case.

C. LEGAL ISSUES AND ANALYSIS

[69] Cusimano argues that each of the 275 VLCRFs in issue contain an irregularity which is alone sufficient to discount the votes represented: the omission of an election official's signature. Because of this irregularity, he submits that there is no assurance that those individuals who were permitted to cast votes were qualified and entitled to do so.

[70] I will first discuss the nature of the irregularity in issue and then the evidence respecting whether the persons who voted were, in fact, entitled to vote. I conclude, as did the Divisional Court, that the omission of the election officials' signatures on the 275 VLCRFs did not compromise the voters' entitlement to vote and therefore "did not affect the result of the election."

(1) Are the irregularities in the 275 VLCRFs sufficient in and of themselves to discount the votes they represent?

[71] Both the wording of the MEA and the majority decision in *Opitz* are fatal to Cusimano's argument.

[72] As I have indicated, the irregularity in this case is a procedural irregularity described in s. 83(7) of the MEA. Section 83(6) of the MEA makes it clear that a procedural irregularity described in s. 83(7) will not invalidate an election so long

as (a) the irregularity did not affect the result and (b) the election was conducted in accordance with the principles of the MEA. Thus, on a plain reading of the MEA, the procedural irregularities in the 275 VLCRFs are not sufficient in and of themselves to discount the votes they represent. The court must, under the clear legislative direction in the MEA, go on and consider whether the saving provision of s. 83(6) applies. Cusimano's argument is therefore not supported by the wording of the MEA.

[73] Despite this, Cusimano points this court to the majority's observation in *Opitz* at para. 57 that, “[p]roof of an irregularity may itself be sufficient to discount a vote.” He says this statement supports his argument that an irregularity alone may be sufficient to discount a vote, and that the irregularity in question – the failure of the election officials to sign the VLCRFs – is one such irregularity.

[74] Cusimano's submission fails to place the majority's comment in *Opitz* in context. First, as Cusimano acknowledges in his factum, the CEA does not contain a definition of “irregularity”. The majority instead defined an “irregularity” serious enough to trigger the application of s. 524(1)(b) as a breach of a statutory provision designed to determine entitlement: *Opitz*, at para. 58. When the majority refers to an irregularity that may alone be sufficient to discount a vote, it is therefore referring to non-compliance with a statutory provision designed to establish a voter's entitlement to vote.

[75] The wording of the MEA is complimentary to this aspect of the decision in *Opitz*. Under the MEA, “irregularities” that trigger the saving provision of s. 83(6) are expressly defined in s. 83(7); they are *procedural* irregularities. Indeed, the heading of the saving provision in s. 83(6) is “Effect of procedural irregularities”. Entitlement to vote under the MEA is governed by s. 17(2), which lists the same three requirements as set out in *Opitz* – age, citizenship and residence, plus the requirement under s. 17(2)(d) that the elector not otherwise be prohibited by law from voting.

[76] Irregularities respecting entitlement to vote under s. 17(2) are not included in the saving provision of s. 83(6). Therefore, applying *Opitz*, it is only irregularities that call into question the criteria set out in s. 17(2) that may in themselves be sufficient to discount a vote. By extension, the failure of an election official to sign a VLCRF as required under the MEA is not the type of irregularity that will alone be sufficient to discount the underlying vote.

[77] Indeed, if this court were considering the CEA instead of the MEA, it would be questionable whether the omission of the election officials’ signatures even rises to the level of seriousness required to trigger the application of s. 524 under the first step of the *Opitz* analysis. Under the MEA, however, a court confronted with a procedural irregularity under s. 83(7) in a validity application must proceed to the second stage of the *Opitz* analysis pursuant to s. 83(6). It is therefore unnecessary to determine whether the procedural irregularities in this case would

fall within the definition of “irregularities...that affected the result” put forward in *Opitz*.

[78] Second, the majority in *Opitz* draws an important distinction between “entitlement” to vote and procedural mechanisms used to satisfy election officials that voters are entitled to vote. “Entitlement” relates to the “fundamental requirements of age, citizenship and residence”: para. 63. Procedural mechanisms allow those citizens who meet these requirements, and are therefore entitled to vote, to actually cast a ballot on election day. Procedural safeguards in electoral statutes are not to be treated as ends in themselves: *Opitz*, at paras. 33-34.

[79] Thus, the Supreme Court has made clear that procedural requirements should not trump the substantive right to vote. Similarly, here, entitlement to vote under s. 17(2) of the MEA does not depend on compliance with the procedural safeguards set out in the statute.

[80] The requirement that an election official sign a VLCRF is a procedural safeguard. It is intended to ensure that the election official has confirmed that only a person entitled to vote is voting, by checking the voter’s identity, age and residence.

[81] While the breach of a procedural irregularity does not compromise the voter’s underlying and fundamental entitlement to vote, it is “evidence from which

it may be inferred that a voter was not entitled to vote": *Opitz*, at para 60. Cusimano was not required to prove the votes were fraudulently cast or to lead direct evidence of a lack of entitlement: *Opitz*, at para. 57. However, the respondents in this appeal were entitled to present, as they did, evidence that, despite the procedural irregularity, the ballots were cast by voters who were entitled to vote: *Opitz*, at para. 61.

[82] Under the substantive approach set out in *Opitz* and the clear statutory language of the MEA, the court must look to all of the evidence to determine whether the procedural irregularities did, in fact, affect the result of the election. Without this second step, the carefully drawn distinction between entitlement and procedural safeguards drawn by the majority in *Opitz* would be turned on its head.

[83] For these reasons, I would reject Cusimano's argument that the omission of the election official's signature on the 275 VLCRFs is sufficient in and of itself to discount the votes in question. His argument does not give effect to either the wording of the MEA or the substantive approach adopted by the Supreme Court in *Opitz*.

[84] I will now consider the second prong of Cusimano's argument, namely, that there was insufficient evidence to assure the Divisional Court that the 275

VLCRFs lacking an election official's signature nonetheless represented ballots cast by voters who were entitled to vote.

(2) What evidence was the Divisional Court entitled to consider in concluding that the omission of the election official's signature did not affect the result of the election?

[85] Cusimano raises two specific concerns about the evidence the Divisional Court used to conclude that the impugned ballots were, in fact, cast by electors who were entitled to vote.

[86] First, he argues that the voter declarations are insufficient, in the absence of an election official's signature or other concrete evidence of qualification, to validate the ballots in issue. As I noted above, all 275 VLCRFs in issue in this case were signed by a voter, declaring that he or she was a Canadian citizen, 18 years of age, and entitled to vote on election day. Cusimano submits that no weight should be given to these declarations or, alternatively, that they are insufficient to show that, despite the lack of an election official's signature, the ballots cast were valid.

[87] In support of this argument, he points out that the registration certificates impugned in *Opitz*, though lacking voters' signed declarations, were signed by an election official – “concrete evidence,” according to Cusimano, “confirming qualification and entitlement”. Because there are no election officials’ signatures on the VLCRFs in this case, Cusimano submits that there is no such direct

evidence from which it can be inferred that the ballots arising from the 275 VLCRFs were cast by qualified voters. In his words, “[t]he presence of the declaration does not show that the ballots belonged in the ballot box” (emphasis omitted).

[88] Second, Cusimano argues that the Divisional Court should not have accorded as much, if any, weight to the after the fact affidavit evidence of election officials manning Ward 9 polling stations. Many of the affidavits include sworn statements that the election officials’ believed only qualified electors were permitted to vote on election day. Cusimano submits that such generalized, after the fact evidence involves “a speculative approach” not sanctioned by *Opitz* and cannot be used to save the votes cast under the 275 irregular VLCRFs.

[89] The affidavits were completed by DROs, MDROs and Ballot Officers who were involved in the election in Ward 9. The election officials describe the procedures and policies surrounding the administration of the election, the mandatory training they were required to complete, and their recollection of voting day. Most swear that, while it is possible, due to inadvertence, or to heavy voter traffic, that not every VLCRF was signed, they would have only added voters to the voters’ list and distributed ballots after being satisfied that those persons were entitled to vote.

[90] Cusimano's submissions do not accurately reflect the decision in *Opitz*. In determining whether the result of an election is affected, the Supreme Court is clear that a judge is entitled to consider more than direct evidence. The majority stated, at para. 74 of their reasons:

In determining whether the result was affected, an application judge may consider any evidence in the record capable of establishing that the person was in fact entitled to vote despite the irregularity, or that the person was not in fact entitled to vote.

The minority similarly observed, at para. 170, that an applicant may lead either direct or circumstantial evidence to demonstrate, on a balance of probabilities, that persons not entitled to vote, voted.

[91] In relation to Cusimano's first argument respecting the effect of signed voter declarations, the majority in *Opitz* indicated that such declarations – which establish age and citizenship – could be evidence that the voters in question were in fact entitled to vote: *Opitz*, at paras. 110-111. The dissenting reasons, authored by McLachlin C.J., state that the signed declaration is “a vital prerequisite of entitlement to vote”: *Opitz*, at para. 159. I therefore reject Cusimano's argument and agree with the Divisional Court that the voter declarations are important evidence of voter qualification and entitlement.

[92] In relation to Cusimano's second argument that after the fact evidence should not be considered, the majority of the court in *Opitz* did consider after the fact evidence. For example, at para. 61, the majority suggests that where

registration certificates are missing, a party “may point to evidence showing that [the registration certificates] were completed, such as....evidence from the polling officials that registration took place.”

[93] In relation to poll 426, where 26 votes were at issue, the majority states at para. 102 of its reasons, “[t]he DRO, when asked eight months after the election, said she thought she had completed the 33 certificates.” Although the application judge placed little weight on the DRO’s comments, the majority of the Supreme Court, at para. 103, disagreed and accepted the DRO’s recollection as direct evidence of her familiarity with proper protocol:

With respect, we see the matter differently. Any vagueness in the DRO’s evidence is consistent with her being asked to recall something that occurred eight months earlier. Her recollection provides direct evidence that she knew she had to complete the registration certificates.

[94] The majority concluded, at para. 104, that the evidence of the DRO’s recollection, along with the evidence that the poll clerk filled out the relevant poll book page, made it “improbable, to say the least” that the DRO failed to comply with her obligation to verify voter entitlement.

[95] It is thus clear that the majority in *Opitz* considered the election official’s recollection to be direct evidence. The affidavit evidence of the election officials in this case similarly conveys their recollection that they were familiar with and followed proper protocols with respect to verifying voter entitlement. The affidavit

evidence is therefore properly considered direct evidence, along with the voter declarations, and Cusimano's argument that no direct evidence exists must fail.

[96] I must point out that I am in disagreement with one statement made by Dambrot J. with respect to the election officials' affidavit evidence. He states, at para. 99 of his reasons:

While of course there were more than these seventeen officials who added voters to the list in Ward 9 and Ward 4 TDSB, I consider this sample to be large enough to give me significant confidence that very few and most likely no voters were permitted to vote who did not present the required proof of eligibility.

[97] This sentence is problematic. There was no evidence that the affidavits of the officials were statistically significant, because there was no evidence that they were taken from a sufficiently large or randomized sample to represent the hundreds of election officials manning the Ward 9 polling stations. In this regard, I agree with Cusimano's submission that Dambrot J. was not entitled to reach the conclusion he did based on these affidavits alone.

[98] That said, evidence must be considered as a whole, and Dambrot J.'s comments in para. 99 must be placed in the context of paras. 94-100 of his reasons. When read in its entirety, Dambrot J.'s analysis makes it clear that he viewed the affidavits as part of a larger body of evidence that included, most significantly, 275 voter declarations.

[99] I agree with the Divisional Court that the affidavits and the declarations, taken together, can properly be used in the circumstances of this case to conclude that it is likely that only entitled electors voted and, therefore, that the result of the election was not affected by the omitted signatures. This conclusion is fortified by the City's evidence that in a large number of cases there is a checkmark in the box on the VLCRF indicating that voter entitlement was, in fact, verified by the election officer, although the officer did not sign the form.

[100] For these reasons, the Divisional Court did not err in considering both the declarations on the VLCRFs and the after the fact affidavit evidence in determining whether the persons who voted were entitled to vote.

(3) Conclusion on the Main Appeal

[101] The omission of the election official's signature on the 275 VLCRFs in issue was a procedural irregularity under s. 83(7) of the MEA. Consequently, the court must determine whether the saving provision in s. 83(6) can be applied. Here, that determination turns on whether the result of the election was affected by the omission. In making this determination, the substantive approach endorsed in *Opitz* requires the court to decide, considering the evidence as a whole, whether the person casting the impugned ballot was entitled to vote. There is strong evidence in this case that, despite the omission of the election official's signature, the persons who signed the 275 VLCRFs were nonetheless

entitled to vote. Cusimano has therefore failed to discharge the onus on him to show that the result of the election was affected. The votes represented by the 275 VLCRFs should not be discounted. The saving provision under s. 83(6) of the MEA can be applied. The election in Ward 9 is valid.

D. COSTS

[102] The costs appeal in this case requires this court to determine how the following costs should be apportioned:

1. The costs of the proceedings before the application judge;
2. The costs of the appeal to the Divisional Court;
3. The costs of the motion to have Augimeri added as a party;
4. The costs of the appeal before this court.

[103] I will first set out, in chronological order, the decision on costs before the application judge, Augimeri's motion to intervene, the decision on costs before the Divisional Court, and the decision on costs in *Opitz*. I will then outline the parties' positions before this court, and my analysis of their respective entitlements and liabilities. Finally, I will consider who should bear the burden of costs in this appeal.

(1) Facts

(a) Costs Before the Application Judge

[104] The application judge released her reasons in Cusimano's favour on April 21, 2011. In her reasons on costs, released separately, she observed that the previous version of the MEA specifically provided that the costs of a recount were to be borne by the municipality, unless a court ordered otherwise: para. 13. Commenting on the jurisprudence under the existing MEA, which makes no provision for costs, she stated:

[T]he two cases addressing costs since the MEA was enacted – *Di Biase v. Vaughan (City)*, [2007] O.J. No. 3516 (S.C.J.) and *Goldie v. Brock (Township)* – establish that the norm is partial indemnity costs, determined in accordance with customary costs principles: para. 11.

[105] On the basis of these two cases, the application judge awarded costs to Cusimano on a partial indemnity scale, payable by the City, amounting to \$65,000.

(b) Augimeri's Motion to Intervene as a Party

[106] Augimeri was not a party to the proceedings before the application judge. However, the process set out under the MEA for contesting elections clearly contemplates that the winning candidate will be a party to such an application. It is true that s. 83(3.1) of the MEA only requires the applicant to serve the municipality with a copy of the application. However, s. 84(7) of the Act also

allows a winning candidate whose election is challenged to disclaim the seat and thereby avoid any liability for costs of the application. A winning candidate would only be liable for costs if he or she were a party to the proceedings challenging the validity of the election.

[107] Augimeri was not a named respondent in Cusimano's application (though his Notice of Application refers to her as "the respondent"), and she was never served. Though Augimeri became aware of Cusimano's application before it was heard, she says she believed from her conversations with the City that it would protect her interests. She says she was told by the City that the application had nothing to do with her.

[108] When the application judge's decision was issued in April 2011, the City initially indicated that it would not appeal the decision. Augimeri immediately began exploring her options for challenging the application judge's order. Shortly thereafter, the City changed its position and elected to appeal, announcing that it was "clear that the decision would be appealed to the Divisional Court by other parties..." In July 2011, Augimeri did seek leave to be added as a party to the pending appeal, and to adduce fresh evidence.

[109] Prior to the hearing on Augimeri's motion, Cusimano provided an offer to settle on a without costs basis under Rule 49 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. The offer was that Augimeri would:

- intervene in the appeal to the Divisional Court as a friend of the court (rather than as a party);
- accept the record and file no additional evidence;
- not seek costs against Cusimano; and
- undertake not to delay the appeal, then scheduled to be heard by the Divisional Court on September 19 and 20, 2011.

[110] Augimeri declined Cusimano's offer to settle.

[111] Lederman J. heard Augimeri's motion on August 5, 2011. He ruled, at para. 23 of his decision, that Augimeri should be granted party status in the appeal because she had an interest in the subject matter of the proceeding and would be adversely affected by the decision.

[112] Because she did not have an opportunity to file evidence on the initial application, he allowed her to deliver an affidavit "to show that those voters listed on the VLCRFs were in fact eligible to vote", and "to provid[e] evidence from voters establishing that the elections officials in question at each poll did take the necessary steps to verify identities, notwithstanding that the correct box on the form was not filled out, or signed".

[113] The evidence Augimeri was seeking to introduce was responsive to the application judge's reasons for judgment. At para. 59 of her reasons, the application judge commented that the information necessary to contact most of the voters whose VLCRFs were not signed was available, that it may have been

possible for the City officials to contact those voters, verify their entitlement to vote, and sign the VLCRFs after the fact. If this had been done, the application judge noted that the City might have been in a position to establish that the statutory non-compliance had not affected the result of the election.

[114] Lederman J. left it to the panel of the Divisional Court hearing the appeal to determine the ultimate admissibility and the weight of Augimeri's evidence, as well as the costs of the motion.

(c) Costs Before the Divisional Court

[115] Before outlining the Divisional Court's decision on costs, I will briefly review two⁵ preliminary issues the Divisional Court was asked to determine at the outset of the appeal which are relevant to the costs portion of this judgment.

[116] First, Augimeri sought to raise a constitutional argument not raised in the original application, namely that the requirement under the MEA that a person who is not on the voters' list complete a VLCRF in order to cast a vote was a constitutional violation under s. 2(b) and s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In its preliminary reasons, reported at 2011 ONSC 5570, the Divisional Court declined to hear the constitutional argument. Jennings J.,

⁵ Augimeri asked the Divisional Court to consider a third preliminary issue, which she raised again in her cross-appeal before this court. She submits that Cusimano lacked standing to bring the application in the first place. Without determining whether Cusimano had standing or not, Dambrot J. held, at para. 45, that it would be contrary to the public interest to set aside the decision of the application judge on such a "technical basis". I too decline to address this issue, as I have no decision at first instance to review. I would note, however, that Augimeri's request to adduce evidence of misconduct on the part of Cusimano was expressly denied by Lederman J. when he granted her leave to be added as a party to the appeal.

writing for the Court, noted that the application judge who allowed Augimeri to be added as a party had directed that her participation not unduly widen the focus of the appeal. Jennings J. also observed, at para. 2, that the record was “woefully inadequate” to support the proposed challenge.

[117] Second, Augimeri sought to file certain affidavit material before the Divisional Court in support of her position that the election was valid. The court admitted some of Augimeri’s affidavits but declined to admit others. The Divisional Court declined “to admit that part of her material relating to efforts made on her behalf to determine the eligibility of voters by canvassing them and having them sign forms,” primarily on the basis that these affidavits were hearsay and raised concerns about reliability: see the Divisional Court’s preliminary reasons, reported at 2011 ONSC 5611, and its judgment on the main appeal, at paras. 42-43.

[118] I will explore the significance of these preliminary matters to the issue of costs below.

[119] The parties’ submissions on costs before the Divisional Court were as follows. Cusimano asked that he be permitted to retain the \$65,000 in costs awarded to him by the application judge, and that there be no costs of the appeal before the Divisional Court ordered on the grounds that it was a public interest litigation. The City sought \$5,000 from Cusimano for its costs of the appeal.

Augimeri sought costs of her appeal payable by the City either on a substantial or partial indemnity basis, including her costs of the motion to be added as a party.

[120] Sproat J., writing for the Court, set out several principles guiding the court's exercise of discretion of whether to order costs, at paras. 12-31:

- While a statutory predecessor of the MEA provided for a presumption that the costs of a candidate in a recount case would be paid by the municipality, the MEA no longer contains that provision. There is therefore no presumption under the MEA that the City is obliged to pay the costs of all litigants.
- The MEA contemplates that costs awards could be made between challengers and elected officials in s. 84(7), which relieves a candidate from liability for costs if he or she disclaims all right to the office.
- Candidates are able to raise money through public fundraising to cover campaign expenses, and s. 67(2) of the MEA specifically includes “[e]xpenses relating to proceedings under section 83 (controverted elections)” as a category of campaign expenses. Candidates may therefore use campaign donations to defray litigation expenses.
- As a general rule, in these cases, a losing litigant will pay costs to a winning litigant.
- It is only in “truly extraordinary” cases that a successful party would be required to pay costs to an unsuccessful public interest litigant.

- The court may require a successful municipality to pay costs to another successful party, in appropriate circumstances.

[121] Applying these principles to the costs award made by the application judge, Sproat J. ordered that the \$65,000 costs award against the City in favour of Cusimano be set aside. In doing so, he observed that Cusimano had a significant personal interest in the litigation, and that he could have chosen other means besides a court proceeding to ensure strict compliance with the MEA in the future.

[122] Sproat J. also dismissed the objection that setting aside the costs order made by the application judge would deter all but very wealthy candidates from contesting elections. He held that alternate sources of funding would likely be readily available for meritorious cases and that “[a]n arguable, interesting case is likely to attract able counsel who will take the case on other than...a straight hourly basis”: para. 34. Finally, he ordered Cusimano to bear his own costs of the appeal before the Divisional Court.

[123] In regard to Augimeri’s costs before the Divisional Court, Sproat J. held that she was a “blameless and successful” party entitled to her costs: para. 48. She also deserved at least partial credit for the City’s decision to appeal the application judge’s order.

[124] Having concluded that either the City or Cusimano would be liable for Augimeri's costs, Sproat J. noted that the City was ultimately responsible for the election and that it was the mistakes of election officials that had resulted in so many unsigned VLCRFs. The City was also better equipped than a party in Cusimano's position – now responsible for his own legal expenses – to bear the costs incurred by Augimeri, who was “simply in the wrong place at the wrong time and so embroiled in litigation”: para. 37. He therefore held, although the City was “successful” on the appeal, it would nonetheless bear the cost of Augimeri’s appeal.

[125] However, as there was no misconduct on the part of the City, there was no justification for awarding costs on a substantial, as opposed to a partial, indemnity basis. In addition, Sproat J. noted that Augimeri had expended considerable time and effort pursuing unmeritorious issues or duplicating the efforts of the City. He therefore reduced the partial indemnity costs award to Augimeri in two ways:

- First, he reduced the award by \$10,000 to reflect costs incurred in relation to the constitutional challenge. Sproat J. noted, at para. 55, that the Divisional Court found the record “woefully inadequate” to support the challenge, and that Augimeri had been ordered by Lederman J. not to “unduly [widen] the focus, scope, or nature of the appeals.”

- Second, he reduced the award by an additional \$15,000 to reflect costs incurred by Augimeri in obtaining voter affidavits ultimately ruled inadmissible by the Divisional Court. Sproat J. held, at para. 56, that Augimeri ought not to have undertaken such a canvass. He repeated the application judge's comment, at para. 59 of her reasons, that such a canvass may have been possible for the City, but that it was "not something that the applicants could have done". He felt her comment should have alerted Augimeri not to undertake such a canvass.

In the result, he ordered the City to pay Augimeri \$40,000 for the costs of her appeal.

[126] In addition, Sproat J. considered the costs of Augimeri's motion to be added as a party. He held that Augimeri had bettered that offer by being granted party status and leave to file additional evidence, and that Cusimano's opposition to Augimeri's motion's was unreasonable and driven only by personal or political motives. He ordered Cusimano to pay Augimeri \$32,500 for the costs of her motion. This amount was less than the amount of costs Augimeri sought on a substantial indemnity basis, \$39,500, but greater than her partial indemnity costs of \$26,500.

[127] Given the risk that Augimeri would not be able to collect her costs against Cusimano, he made the City jointly and severally liable for the costs of the

motion, but ordered Cusimano to indemnify the City for any costs of the motion it paid.

(d) *Opitz* and Costs

[128] The decision on costs in *Opitz* has obvious relevance for this portion of the appeal. Although the Supreme Court was considering a federal election under the CEA, the same considerations are applicable in the municipal context. In addition, both the CEA and the MEA are similarly silent with respect to who should bear the cost of a challenge to the validity of an election.⁶

[129] As in this case, in *Opitz* the application judge, Lederer J., held that a by-election would have to be held on account of irregularities in the electoral process. The runner-up candidate, who instigated the challenge before the application judge, sought costs from Elections Canada.

[130] Lederer J. began his decision by commenting that costs, while always in the discretion of the court, are generally awarded to the successful party. Proceedings challenging the validity of elections, however, are unique because there will often be no “successful” or “unsuccessful” party, at least in the traditional sense. Unless misconduct is alleged, both candidates and the

⁶ Section 526(1) of the CEA does require an application under s. 524 to be accompanied by security for costs in the amount of \$1,000. However, it is clear from the decision in *Opitz* that this provision is not determinative of who will ultimately bear the costs of a proceeding challenging the validity of an election. Section 306 of the CEA, for example, expressly provides that if a winning candidate prevails on a recount that has been ordered pursuant to the act, the person who applied for the recount shall pay the winning candidate’s costs. Section 310 permits a candidate to make an application to the Chief Electoral Officer for reimbursement of his or her costs in respect of a recount.

governmental body administering the election stand on an equal footing in seeking the true result of the election.

[131] Lederer J. noted that neither electoral candidate had been the cause of, or implicated in, the ballots he set aside. Mistakes in the conduct of an election are inevitable. One of the checks on these errors is an application to set aside an election. Both the person who had been declared the victor and the person seeking to invalidate the result were in a similar position insofar as blame was concerned and each had the same potential claim for costs.

[132] Lederer J. further commented that in the application before him the Chief Electoral Officer had taken and maintained a position of neutrality. Counsel had merely advised the court of policy considerations and provided an understanding of the legislative framework governing elections. Lederer J. held that the Chief Electoral Officer's neutrality was entirely appropriate, stating "[i]t is not for the person holding [that] office to take a position that favours one candidate to the detriment of others": para. 7. However, as a consequence, the Chief Electoral Officer could not be said to be an unsuccessful party.

[133] For these reasons, Lederer J. held that each party should be responsible for its own costs. In so concluding, he acknowledged that coming to court can be expensive. However, he observed that proceedings of this nature are a matter of public interest, and that it is part of the collective responsibility of being a

Canadian citizen to bring such matters to court. There was also no evidence before him that the parties did not have the necessary resources to bear their own costs.

[134] It does not appear that the application judge's order on costs was appealed, and the Supreme Court does not address it. With respect to costs of the appeal before it, the majority held, without commenting further, that no award as to costs would be made “[i]n view of the circumstances of this case”: *Opitz*, at para. 133.

(2) The Parties’ Positions Respecting the Divisional Court’s Decision on Costs

[135] Before this court, Cusimano seeks costs of the proceedings before the application judge and the Divisional Court on the basis that this case is meritorious public interest litigation. He submits that he is in the same position as Augimeri; both are the victims of mistakes made by City officials. He also asks this court to overturn the award made against him by the Divisional Court for Augimeri’s costs on the intervention motion. He makes two basic submissions: a) the Divisional Court overstated her success on the motion and there was no reason to award her elevated costs; and b) he is unable to pay the costs award.

[136] Augimeri has cross-appealed the Divisional Court’s decision on costs. Augimeri submits that the Divisional Court erred in awarding her too low an

amount for costs or alternatively that she should have received costs on a substantial indemnity basis. She submits that the Divisional Court incorrectly minimized the importance of the role she played. Sproat J. acknowledged that her stated intention to become a party and challenge the application judge's decision seems to have been a determining factor in the City's decision to appeal.

[137] She also argues that the reduction in costs of \$10,000 to reflect her unsuccessful constitutional challenge was miscalculated. She says that a junior lawyer completed almost all the work done in relation to that argument, and the reduction should have been, at most, \$5,500. In relation to the further reduction of \$15,000 for the voter canvassing costs, Augimeri submits that the evidence she provided was justified by the application judge's suggestion that such evidence would be helpful, the City's failure to obtain that evidence itself, and the scope of Lederman J.'s order allowing her to intervene as a party.

[138] Finally, Augimeri submits that it is unrealistic to expect candidates to raise funds for their own legal expenses, given the finite pool of potential contributors and the restrictions in the MEA on maximum contributions and timeframes for fundraising.

[139] The City has not appealed the award of costs against it in favour of Augimeri. The City asks that Cusimano's appeal of the Divisional Court's costs

order be dismissed, and that Augimeri's cross-appeal as to costs also be dismissed. The City submits that the Divisional Court made no error in its decision on costs and that the court's award should be upheld for the reasons it gave. In addition, the City raises a preliminary objection to Augimeri's cross-appeal on the basis that she was required to obtain leave to appeal costs, but failed to raise any arguments in her factum as to why leave should be granted.

(3) Analysis of Costs for Augimeri's Motion to Intervene and Proceedings Before the Application Judge and the Divisional Court

[140] I turn now to my analysis. As I will explain below, subject to the impact *Opitz* may have on costs awards in future cases of this nature, I agree generally with the principles enunciated by the Divisional Court. However, with respect to both the application judge's order of costs in favour of Cusimano and the quantum of Augimeri's costs before the Divisional Court, I believe the Divisional Court erred in applying those principles.

[141] I will first consider Cusimano's request that we award him costs of all the proceedings and dismiss the Divisional Court's order against him for the costs of Augimeri's motion. I agree with Cusimano that he should receive a portion of his costs throughout. I see no grounds, however, for disturbing the costs award against him for Augimeri's motion.

[142] Although Cusimano initiated the court proceedings, the Divisional Court acknowledged in its reasons on costs that it was reasonable for him to do so. Indeed, the narrow majority by which the Supreme Court resolved *Opitz*, a case in which nearly identical legislative language was at issue, amply supports this conclusion.

[143] In refusing Cusimano's request for costs, the Divisional Court acknowledged that costs could be awarded against a blameless, successful party such as the City in "truly extraordinary" cases – for example, where the issue litigated was of national and international significance – but held that this case was not one of them.

[144] I agree that the City may be required to pay costs to an unsuccessful applicant in "truly extraordinary" cases. I disagree that this case is not one of them. In my opinion, the Divisional Court erroneously minimized the public interest component of this case.

[145] The Divisional Court held that "[a]t its highest, Cusimano...[was] endeavouring to hold election officials to strict compliance with the technical requirements of the *M.E.A.*" and that Cusimano might have pursued the same public interest objective by alternate means: para. 33. For example, Sproat J. suggested Cusimano might have brought "perceived failings in the training and

diligence of election officials to the attention of the City Clerk, the Mayor and members of Council, the media and the public": para 33.

[146] The public interest went far beyond this. These proceedings dealt with whether the omission of the election official's signature on the VLCRFs, a procedural irregularity, "did not affect the result of the election" of Augimeri as a City Councillor pursuant to s. 83(6) of the MEA. The interpretation of these words was of great importance to all municipal elections held in Ontario, as the intervener City of Mississauga's factum stressed.

[147] The question of whether the strict procedural approach or the substantive approach should be adopted was also of importance throughout Canada, as indicated by the appeal in *Opitz*, a case of national interest concerning the equivalent phrase in the CEA. Notably, on the important issue of onus of proof, the majority of the Supreme Court agreed with and cited the Divisional Court's reasons in this case, and the approach the majority adopted closely paralleled that of the Divisional Court.

[148] The case before us is thus clearly a "truly extraordinary" case.

[149] That said, the principles underpinning the Divisional Court's decision on costs may have been overtaken by *Opitz*. As outlined above, the application judge places both the successful and unsuccessful party and the election administrator (who was playing a neutral role in the application) on an equal

footing. In a case like *Opitz*, where there is no allegation of misconduct and when inability to pay costs has not been shown, he requires each party to bear his or her own costs. The Supreme Court also elected not to order costs of the appeal before it (though its justification for doing so is unclear). On a go forward basis, when the City has taken a position of neutrality, it may therefore be appropriate for the parties disputing the validity of an election in good faith on the basis of procedural errors to be on an equal footing with respect to costs.

[150] I cannot, however, place Cusimano and Augimeri on an equal footing by awarding no costs of the appeal before the Divisional Court. As I have indicated, the City did not appeal the partial award of costs against it in favour of Augimeri. Thus, this court has no jurisdiction to make an order of no costs respecting the costs incurred before the Divisional Court. The only way in which Cusimano and Augimeri can be placed on an equal footing would be for this court to make an award of costs on a partial indemnity scale in Cusimano's favour.

[151] In any event, a "no costs" order would not be appropriate with respect to the costs incurred prior to the Supreme Court's decision in *Opitz*, having regard to the existing jurisprudence at the time of the Divisional Court's decision, the City's active participation throughout the proceedings, and the fact that a costs award would not have been outside the City's expectations. I also note that bearing Cusimano's costs will cost the City much less than conducting a by-

election. As the Divisional Court noted, the City of Mississauga's evidence indicated it budgeted \$445,000 to conduct one such by-election.

[152] For these reasons, I agree with Cusimano that, although he was not successful before the Divisional Court, the City should pay his costs of the application fixed by the application judge at \$65,000 and his reasonable costs before the Divisional Court on a partial indemnity basis. In his factum, Cusimano did not state the amount of costs he was seeking for the appeal before the Divisional Court. Having regard to the costs awarded to Augimeri by the Divisional Court, the fact that Cusimano was a respondent (and therefore expected to incur somewhat lower costs than the appellant), and the costs outline Cusimano filed on the appeal to this court, I would award him costs of his appeal to the Divisional Court on a partial indemnity basis of \$30,000, inclusive of all disbursements and taxes.

[153] I must now deal with Cusimano's appeal of the costs awarded against him by the Divisional Court on Augimeri's intervention motion to be added as a party. Cusimano submits that the Divisional Court overstated Augimeri's success on the motion, that rule 49.10 ought not to be applied, and that there was no basis on which to award Augimeri elevated costs.

[154] The Divisional Court did not err in making the award it did and I would maintain its award of costs to Augimeri fixed at \$32,500. For the reasons given

by the Divisional Court, Augimeri clearly bettered Cusimano's Rule 49 offer to settle and this fact entitles her to costs on a higher scale than partial indemnity costs. Furthermore, as the Divisional Court observed, there was no public interest aspect to Cusimano's opposition to the motion.

[155] With respect to Augimeri's cross-appeal of the Divisional Court's award of costs, the City submits that Augimeri was required to do more than simply request that, if necessary, leave to appeal be granted in her Notice of Cross-Appeal, as she did. I do not agree. Rule 61.07 of the *Rules of Civil Procedure* governs cross-appeals to this court. Rule 61.07(1.2) provides that a "respondent shall obtain leave to appeal in the manner provided by subrule...61.03.1(18)...if the cross-appeal is taken under a statute that requires leave for an appeal." The City is correct in its submission that the Divisional Court's decision on costs falls within the ambit of s. 133(b) of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C. 43, which is a statute requiring leave for an appeal within the meaning of rule 61.07(1.2). Augimeri was, therefore, required to obtain leave in the manner provided by rule 61.03.1(18). Rule 61.03.1(18)(a) stipulates that "the request for leave to appeal shall be included in the notice of.... cross-appeal..." This is precisely what Augimeri did. Augimeri therefore complied with her obligations under the *Courts of Justice Act* and the *Rules of Civil Procedure*.

[156] My decision as to whether or not to grant leave is informed by this court's statement in *Brad-Jay Investments Ltd. v. Szijjarto* (2006), 218 O.A.C. 315

(C.A.), leave to appeal to the S.C.C. refused, [2007] S.C.C.A. No. 92. In that case, the court stated, at para. 21, “[l]eave to appeal a costs order will not be granted save in obvious cases where the party seeking leave convinces the court there are ‘strong grounds upon which the appellate court could find that the judge erred in exercising his discretion.’” As I explain below, I am of the opinion that this appeal is one such case.

[157] However, I do not agree with Augimeri that Cusimano’s conduct in these proceedings is such that elevated costs are warranted. As noted by Augimeri, normally substantial indemnity costs are awarded “where there has been reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties”: *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 134. Cusimano’s conduct, though questionable at times, did not rise to this level.

[158] I also do not accept Augimeri’s complaint regarding the Divisional Court’s reduction of her costs on account of her unsuccessful constitutional argument. In my opinion, her submission is completely met by the Divisional Court’s comment, at para. 57 of its reasons, that the lower figure for these costs in Augimeri’s costs outline assumed no time was spent by either the junior lawyer or senior counsel in preparing for the appeal. I would also note that the court’s award of costs, and for that matter its reduction of costs, is not an exact mathematical calculation. Save as indicated below, I would not increase the quantum of costs awarded to Augimeri.

[159] The exception I would make with respect to Augimeri's costs relates to the voter canvass issue, for which her costs award was reduced by \$15,000. She submits that it was reasonable for her to incur the expense to obtain such evidence because the application judge suggested that it was something the City could have done to validate the election after the fact.

[160] I agree with Augimeri. Furthermore, as I noted above, Augimeri was permitted by the motion judge "to provid[e] evidence from voters establishing that the elections officials in question at each poll did take the necessary steps to verify identities" and "to show that those voters listed on the VLCRFs were in fact eligible to vote". Short of doing what she did, I do not see how Augimeri could have obtained the evidence she was given permission to present.

[161] The Divisional Court observed that voter secrecy was not breached by Augimeri's efforts. Its concern that some persons who refused to cooperate with Augimeri's volunteers and that those persons who provided answers to them "may have provided answers that were influenced one way or the other by the partisanship of the interrogators" is speculation. In the circumstances the Divisional Court's criticism of Augimeri for obtaining this evidence is misplaced.

[162] While the evidence obtained from the voters may have been hearsay, in the sense that a representative of Cusimano was not present when the evidence was obtained, Cusimano could have cross-examined on the sworn affidavits had

he chosen to do so. He did not. The affidavits provided direct evidence as to what happened at the polls, evidence that Cusimano submitted was lacking. Although, in the end, the Divisional Court had the discretion not to admit this evidence, it was reasonable in the circumstances for Augimeri to obtain it. The Divisional Court erred in penalizing Augimeri in costs for doing so. I would therefore allow the cross-appeal to the extent of \$15,000.

(4) Costs of this Appeal

[163] I must now deal with the costs of this appeal. Cusimano seeks costs of the appeal on a partial indemnity basis in the amount of \$30,257.50. Augimeri seeks costs of \$65,239.45 on a partial indemnity basis. The City's position is that, based on the decision in *Opitz*, no costs should be awarded and each party should bear his or her own costs.

[164] Unlike the situation in *Opitz*, where the Chief Electoral Officer took and maintained a position of neutrality, the City took a position in favour of maintaining the election result before the application judge and, after some hesitation, took on the main role of appellant before the Divisional Court. The City also played an active role as a respondent in the appeal before us. It is therefore too late, in the light of the role the City has played in these proceedings, for the City to submit that there should be no costs award made against it on the basis of *Opitz*.

[165] With respect to Cusimano's position, the decision in *Opitz* was released by the Supreme Court on October 25, 2012, shortly before this appeal was heard on November 8, 2012. The outcome of this appeal should have been clear to Cusimano. He did not, however, abandon his appeal. All parties were therefore forced to undertake the additional expense of filing supplementary facta and appearing for a full day of argument.

[166] Because of this, I am inclined not to award Cusimano any costs of the appeal before us. However, I recognize that he incurred costs in preparing for this appeal prior to the Supreme Court's decision in *Opitz* and that he was partially successful in his appeal on the issue of costs. Balancing these factors, I am therefore of the opinion that a more measured response is appropriate. I would order costs of this appeal payable by the City in favour of Cusimano, fixed in the amount of \$10,000, inclusive of all taxes and disbursements.

[167] Augimeri is entitled to her costs of the appeal on a partial indemnity basis, but not in the amount of \$65,239.45 she is seeking. I agree with the City that the costs being sought are "beyond the amount any party would reasonably expect to pay." I also agree with the City that one counsel fee, and not three, is appropriate. That said, Augimeri's factum, supplementary factum, and oral submissions were of assistance. She also achieved partial success on her cross-appeal with respect to costs. I would, therefore, order costs payable by the City, fixed in the amount of \$30,000, inclusive of all taxes and disbursements.

(5) Summary of Costs

[168] Based on *Opitz*, on a go forward basis, when the validity of an election is challenged on account of procedural errors rather than misconduct, the City adopts a position of neutrality, and there is no indication that the parties do not have the necessary resources to bear their own costs, the parties may generally expect to bear their own costs. In the litigation before us, however, *Opitz* cannot be applied, nor would it be appropriate to do so.

[169] Cusimano is entitled to have his costs before the application judge, fixed in the amount of \$65,000, restored. He is also entitled to his costs before the Divisional Court, fixed in the amount of \$30,000, and his costs of this appeal, fixed in the amount of \$10,000, payable by the City.

[170] Augimeri is entitled to have her costs of the intervention motion as ordered by the Divisional Court. She is also entitled to her costs of the appeal before the Divisional Court of \$40,000 increased by \$15,000, to reflect the extent to which her cross-appeal is allowed. In all other respects, her cross-appeal is dismissed.

[171] Augimeri is entitled to have her costs of the appeal before us paid by the City. These costs have been fixed in the amount of \$30,000 inclusive of all taxes and disbursements.

Released: Dec. 24, 2012
"KMW"

"Karen M. Weiler J.A."
"I agree R.G. Juriansz J.A."
"I agree M. Tulloch J.A."

Tab 18

Ontario Municipal Board
Commission des affaires municipales
de l'Ontario



ISSUE DATE: December 15, 2017 **CASE NO(S)::** MM170033

PROCEEDING COMMENCED UNDER subsection 128(4) of the *City of Toronto Act*, 2006, S.O. 2006, c. 11, Sched. A

Appellant:	Justin Di Ciano
Appellant:	Brian T. Graff
Appellant:	Giorgio Mammoliti
Appellant:	Mount Dennis Community Association; and others
Subject:	By-law 267-2017 to re-divide the City of Toronto's Ward Boundaries
Municipality:	City of Toronto
OMB Case No.:	MM170033
OMB File No.:	MM170033
OMB Case Name:	Di Ciano v. Toronto (City)

PROCEEDING COMMENCED UNDER subsection 222(4) of the *Municipal Act*, 2001, S.O. 2001, c. 25, as amended

Appellant:	James Gordon Smith
Subject:	By-law 267-2017 to re-divide the City of Toronto's Ward Boundaries
Municipality:	City of Toronto
OMB Case No.:	MM170033
OMB File No.:	MM170033

PROCEEDING COMMENCED UNDER subsection 128(4) of the *City of Toronto Act*, 2006, S.O. 2006, c. 11, Sched. A

Appellant:	Lakeshore Planning Council Corp.
Appellant:	Anthony Natale
Subject:	By-law 464-2017 to amend By-law 267-2017
Municipality:	City of Toronto
OMB Case No.:	MM170033
OMB File No.:	MM170047

Heard: October 10, 11, 12, 13, 16, 17 and 19, 2017 in
Toronto, Ontario

APPEARANCES:

<u>Parties</u>	<u>Counsel*/Representative</u>
City of Toronto	Brendan O'Callaghan* and Matthew Schuman*
Justin Di Ciano and Anthony Natale	Bruce Engell* and Kyle Kidd (student-at-law)
Kevin Wiener	Self-represented
Brian Graff	Self-represented
Giorgio Mammoliti	Self-represented
James Gordon Smith	Self-represented
Lakeshore Planning Council Corporation	Peggy Moulder

**DECISION DELIVERED BY JAN de P. SEABORN AND HUGH S. WILKINS AND
ORDER OF THE BOARD**

INTRODUCTION

[1] The matter before the Ontario Municipal Board ("Board") consists of several appeals in respect of By-law No. 247-2017 and By-law No. 464-2017 ("the By-laws") enacted by Council for the City of Toronto ("City") for the purpose of re-dividing the City into 47 Wards. Pursuant to the provisions of s. 128(1) of the *City of Toronto Act, 2006* ("Act"), the City has the authority to enact a by-law to divide or subdivide the municipality into wards or to dissolve the existing wards. Any person may appeal to the Board (s. 128(4) of the Act) objecting to a ward boundaries by-law. After hearing the appeal, the Board may make an order affirming, amending or repealing the by-law (s. 128(7) of the Act). Similar provisions are found in s. 222 of the *Municipal Act*.

[2] The City's By-laws have been appealed by Justin Di Ciano and Anthony Natale ("Di Ciano and Natale Appeals"), who were represented by Mr. Engell; Kevin Wiener ("Wiener Appeal"), who appeared as counsel on his own behalf; Brian Graff ("Graff Appeal"), Giorgio Mammoliti ("Mammoliti Appeal"), and James Gordon Smith ("Smith Appeal"), each of whom were self-represented; and the Lakeshore Planning Council Corporation ("LPCC Appeal"), represented by Ms. Moulder.

[3] The By-laws under appeal re-divide the City's existing 44 wards into 47 wards, effective for the 2018 municipal election (as long as the By-laws come into force by January 1, 2018). Collectively, the By-laws provide new boundaries for 40 wards and maintain existing boundaries for 7 wards. The bulk of the boundary changes are relatively minor, providing for minimal change, maintaining key historic boundaries and grouping communities of interest. The significant changes are that: 3 wards are added to the City's Downtown (as defined in the City's Official Plan); one ward is added in Willowdale; and existing Wards 14, 17 and 18 are combined into 2 wards (Exhibit 3, MAP 6: Recommended Wards with Refinements (47 Wards), p. 698).

[4] In support of the By-laws, the City called three witnesses: Beate Bowron and Gary Davidson (both qualified as land use planners, with expertise in ward boundaries); and Michael Wright (land use planning, with expertise in demographic analysis and population, household and employment projections). Andrew Sancton (municipal government, with expertise in ward boundaries) and Peter Norman (economist with expertise in demographics) testified in support of the Di Ciano and Natale Appeals. In addition, Mr. Natale testified on his own behalf. Mr. Wiener, Mr. Graff, Mr. Mammoliti and Mr. Smith did not call any evidence. However, they each cross-examined the various expert witnesses and made written and oral submissions at the conclusion of the evidence. Ms. Moulder represented the LPCC and its Chair, Timothy Dobson, filed a witness statement and testified. There was one Participant, the Bloor East

Neighbourhood Association, and its President, Linda Brett, filed a participant statement and provided testimony to the Board, largely in support of the City's position.

THE APPEALS

(a) Di Ciano and Natale Appeals

[5] Mr. Di Ciano and Mr. Natale seek an order from the Board dividing the City into 25 wards, with name and boundaries identical to the current Federal Electoral Districts ("FEDS"). It was their position that the new ward boundaries set out in the By-laws do not meet the principle of effective representation or achieve voter parity (the relationship between a ward's population and the average ward population of all municipal wards). The adoption of the latest FEDS is proposed because this system will: ensure a fair election in 2018; ensure that future elections are fair; result in boundaries which are produced regularly through an unassailable, arms' length open public process which can quickly, defensibly and inexpensively be adopted by the City on an ongoing basis (Engell, Argument, para. 2).

(b) Wiener Appeal

[6] Mr. Wiener's appeal seeks a decision from the Board that maintains a 44 ward boundary structure, albeit he proposes boundary shifts for several wards. He submits that voter parity is a prime condition for effective representation and submits that the operative question is whether at the time of the appeal the ward boundaries will provide effective representation. It was Mr. Wiener's position that the City's consultants fettered their analysis by relying on population projections for the 2026 election year and did not sufficiently analyse other options for the 2018 and 2022 elections. He submits that the ward boundaries set out in the By-laws may provide voter parity in the future, but not in 2018.

(c) Graff Appeal

[7] Mr. Graff's appeal seeks Board approval of the ward boundaries set out in the By-laws with two alterations for 2018 and 2022. First, he submits that only 43 wards should be used for the 2018 and 2022 elections in order to achieve better voter parity and reduce costs. Second, he submits that the boundaries of Recommended Ward ("RW") 36 and RW 37 along Queen Street East to the west of Coxwell Avenue should be shifted to keep both sides of Queen Street East within the same ward. He questions the value of the boundaries that permit significant variances in voter parity for the 2018 and 2022 elections to achieve parity in later elections based on possible future populations that are difficult to predict.

(d) Mammoliti Appeal

[8] Mr. Mammoliti's appeal was predicated on the basis that there has been inadequate public engagement and public consultation with respect to the By-laws. He submits that issues, including geography, community history, community interest and the representation of minority groups, have not been given adequate weight. Mr. Mammoliti requests that the Board send the matter back to Council for further consideration and no order be made that divides, re-divides or dissolves the existing 44 ward structure.

(e) LPCC Appeal

[9] The LPCC's position is that the City's current system of municipal governance needs to be changed so that councillors are required to receive representations from residents through the creation of community boards consisting of community members who hold public meetings on matters relating to the welfare of the district and its residents. To facilitate this, LPCC submits that the number of wards and councillors should be reduced. On this basis, the LPCC generally supports a 25-ward structure.

(f) Smith Appeal

[10] Mr. Smith's appeal was based on one discrete issue. He submits that the boundary between RW 33 and RW 34 should be shifted to bring the area known as "Crothers Woods" back into RW 33 where it existed prior to 2000. Mr. Smith argues that his proposed change would have no impact on effective representation. Crothers Woods is a protected Environmentally Significant Area and no people live there and he submits that the changes should be made for historical reasons, with no impact on ward populations.

THE CITY'S WARD BOUNDARY REVIEW PROCESS

[11] The By-laws under appeal were developed following a process that began in June 2013 when Council authorized that a third-party consultant be retained to undertake a ward boundary review for the City. Known as the Toronto Ward Boundary Review ("TWBR") project, Dr. Davidson and Ms. Bowron were retained by the City as the consultants. They explained that they analyzed the status quo; developed and reviewed options; selected a preferred option; and refined their recommendations, culminating in City Council approving new wards for the City in November, 2016 and the adoption of the By-laws in March and April, 2017.

[12] The almost four-year TWBR project was described as a substantial undertaking requiring sizeable financial and human resources: "During this time, the project held over 100 face-to-face meetings with Members of Council, School Boards and other stakeholder groups and 24 public meetings and information sessions and produced 7 substantial reports" (Exhibit 4, Bowron Witness Statement, para. 9). The project team prepared a *Background Research Report* ("Research Report"), *Options Report* and a *Final Report* (a draft of each report was reviewed by a 5-person Advisory Panel). Following direction from the Executive Committee, an *Additional Information Report*

followed by a *Supplementary Report* was issued, with the final result being Council's decision to enact the By-laws under appeal.

[13] The *Research Report* examined other ward boundary reviews, the legislative framework, Board decisions, ward history in the City, development and electoral issues and incorporated comments from the Advisory Panel.

[14] The *Options Report* (August 2015, revised October 2015) analyzed eight options for drawing new ward boundaries. The purpose of the report was to commence a discussion about a new preferred ward system among the public, stakeholders and Council. The methodology used for the development of the options addressed the components of effective representation plus: Toronto's population growth; a ward structure that will last for multiple elections; options that are unique; balanced ward population size; and effective new boundaries (Exhibit 4, Davidson Witness Statement, para. 50). The conclusion reached at this stage of the review was that five of the eight options provided for effective representation and should be carried forward. These were termed: minimal change; 44 wards; population per ward at 50,000 (small wards); population per ward at 75,000 (large wards); and wards drawn on natural and physical boundaries.

[15] The prospect of using the FEDS to draw new ward boundaries was addressed in the *Options Report*. It commented that during Round One of the civic engagement and public consultation process the idea of using the boundaries of the 25 federal ridings covering the City was discussed in some detail. The TWBR stated that with 25 wards each would have a population of about 123,000, resulting in very large wards. It stated that while there was little public support for this outcome, there was considerable support for an option that would divide the population in each federal riding in half, resulting in 50 wards with an average population of about 62,000. The TWBR average population target per ward was determined to be 61,000. The FEDS (whether 25 or 50

wards) option was not pursued as the conclusion reached by the TWBR team was that it would not achieve effective representation:

This option does not resolve the issue of very large wards in the Downtown, Willowdale and southern Etobicoke and the city's numerous small wards. It merely continues most of the inequities of the current situation that led to the TWBR. An option based on using the federal riding boundaries and then dividing them into two will not achieve effective representation and has, therefore, not been pursued (*Options Report*, Exhibit 2, p. 414).

[16] The *Final Report* was reviewed by the City's Executive Committee on May 24, 2016. The recommendation from the TWBR was to increase the number of wards from 44 to 47. It recommended addressing existing voter parity issues with a minimum number of changes to the existing boundaries. It recommended minimally increasing the number of wards to accommodate projected population growth, retain an average ward size of 61,000 people to ensure a manageable capacity for councillors to represent their constituents, achieve effective representation in all wards by 2026, and be workable through to the 2030 election.

[17] Following receipt of the *Final Report*, the Executive Committee requested additional information on several matters, including a "ward option that is consistent with the boundaries of the 25 federal and provincial ridings" (Exhibit 4, Davidson Witness Statement, para. 90). An *Additional Information Report* (August, 2016) was prepared and it responded to several suggestions for ward specific refinements and re-examined whether the ward boundaries could be consistent with existing federal and provincial boundaries. Thereafter the TWBR submitted its *Supplementary Report* (October 2016) and confirmed its recommended 47 ward structure (with refinements) as the new ward boundaries, effective with the 2018 election. The refinements included changes to keep several communities of interest together, including the community on either side of Sentinel Road, Regent Park, and Church-Wellesley Village.

[18] The *Supplementary Report* also responded to (among other matters) the request for additional information in respect of the City adopting the FEDS. The TWBR team maintained its advice that the FEDS should not, in their analysis, be the preferred ward structure option given that there was little support for this option at public meetings or from councillors.

[19] In November, 2016 Council approved the new 47 ward structure, as recommended in the *Supplementary Report*. In March 2017, the implementing by-law (By-law 267-2017) was passed and in April 2017 Council adopted technical amendments through By-law 464-2017.

THE APPLICABLE LAW

[20] As part of their written and oral submissions, the parties provided the Board with a comprehensive overview of the body of case law that is regularly considered in municipal ward boundary reviews. The first area of law relates to what constitutes “effective representation”. In *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R 158 (referred to as “Carter”), the Supreme Court of Canada found that the purpose of the right to vote enshrined in s. 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“Charter”) is the right to effective representation. The Court examined the conditions of effective representation, stating as follows:

What are the conditions of effective representation? The first is relative parity of voting power. A system which dilutes one citizen’s vote unduly as compared with another citizen’s vote runs the risk of providing inadequate representation to the citizen whose vote is diluted. The legislative power of the citizen whose vote is diluted will be reduced, as may be access to and assistance from his or her representative. The result will be uneven and unfair representation. But parity of voting power, though of prime importance, is not the only factor to be taken into account in ensuring effective representation (pp. 183-84).

[21] The Court went on to explain that “it is a practical fact that effective representation often cannot be achieved without taking into account countervailing

factors" (p. 184). Factors such as geography, community history, community interests and minority representation may need to be taken into account. "These are but examples of considerations which may justify departure from absolute voter parity in the pursuit of more effective representation; the list is not closed" (p. 184). While the Court was dealing with proposed provincial riding boundaries for Saskatchewan, the elements of effective representation enunciated in *Carter* are routinely relied upon in evaluating ward boundary reviews.

[22] The second area of applicable law is the extent to which the Board should interfere with Council's decision to divide, re-divide or dissolve its ward boundaries. The Board has consistently found that there must be clear and compelling reasons to interfere in a municipal council's decision on ward boundaries (*Teno v. Lakeshore Town*, 2005 CarswellOnt 6386). In *Teno*, the Board adopted the approach taken in *Savage v. Niagara Falls (City)*, 2002 CarswellOnt 5430, stating that:

36 Thus, this Board accepts that there must be clear and compelling reasons for the Board to interfere in a municipal council's decision on these matters, and it may have to be demonstrated that a municipal council has acted unfairly or unreasonably on these issues. However, if the evidence demonstrates that the decision of the municipality operates to diverge from the overriding principle of voter equity and effective representation, then the Board can only conclude that the Council has acted unreasonably. Where however the issues are not so clear cut, then it may be that the Board may accord deference to the decision of the municipal council.

[23] Regarding the relationship between the number of wards and the composition of Council, the Divisional Court has found that as a practical matter while the Board may consider the composition of council when deciding a ward boundary matter, it cannot determine that composition (*Wagar v. London (City)*, [2006] 210 O.A.C. 29). It is within the discretion of Council to address composition and to fix the number of councillors to be elected from each ward. The Board's jurisdiction extends to the By-laws under appeal and to the matter of ward boundaries, it does not extend to address matters of governance, including how many councillors should comprise City Council.

EVIDENCE AND FINDINGS

Do the City's proposed Ward Boundaries achieve effective representation?

[24] There was general agreement amongst the parties that from a voter parity perspective, the City's existing 44 wards are out of balance. The 2014 municipal election was held just as the TWBR was starting and in that election the highest ward population was more than double the lowest ward population. The populations of the current wards range from 45,000 to 94,000 (Exhibit 2, p. 311). As Dr. Davidson said, to "achieve a balance in voter parity, not only do the large wards have to become smaller but the small wards need to get larger. This will require changes to the boundaries of many wards" (Exhibit 4, Davidson Witness Statement, para. 30). The evidence was clear that the existing ward boundaries do not achieve the voter parity component of effective representation and that the ward population imbalance is projected to increase in future elections unless there is change made to the status quo.

[25] The City's preferred approach, as expressed in the By-laws, is to increase the number of wards from 44 to 47 and in doing so, several adjustments are proposed to boundaries that have been in place since 2000. Reflecting the TWBR project team principle of "minimal change", the bulk of the existing wards will have minor boundary adjustments, with 1 ward added in Willowdale, 3 wards added to the City's downtown and 3 existing wards would be combined into 2. In arriving at the recommended 47 ward structure the TWBR considered: voter parity; natural and physical boundaries often used to separate wards; maintaining communities of interest such as geographic and historic neighbourhoods; ward history; capacity to represent (often equated with a Councillor's workload and the number of constituents that require representation); geographic size and shape of the ward; and population growth. The TWBR team's approach was based on the premise that any "ward boundary review has to balance the various components of *effective representation*. While voter parity (similar, but not identical numbers of people in each ward) is of prime importance to an individual's

'right-to-vote', not dividing neighbourhoods (if at all possible) and following clearly recognizable boundaries are also major factors" (*Exhibit 3, Additional Information Report*, p. 603).

[26] Dr. Davidson explained that the 47 ward structure is designed to be used in at least three and perhaps four, election cycles: 2018, 2022, 2026 and 2030. The TWBR established 2026 as the target or design year for the project. A target year or target election is required to draw ward boundaries. The assumption made was that given the City is growing at a rapid rate, the review had to consider future growth and where that growth is going to occur. Designing a system with a 2018 target year would have resulted, in Dr. Davison's view, in ward boundaries that would have to immediately be revisited following that election. Dr. Davidson explained that the TWBR looked to the future and considered the growth of the City in determining a new ward structure. He said that in a fast growing City, this is critical: "Determining new ward boundaries solely from the last census (2011) would yield a ward configuration out of balance at the outset (2018) that will become progressively more problematic in subsequent elections" (*Exhibit 4, Davidson Witness Statement*, para. 129). Consequently, what the TWBR did was use a projection scenario that reflects the *Growth Plan for the Greater Golden Horseshoe, 2006* (with a total projected population of 3.190 million for 2031). The City has detailed population projections by 599 small geographic areas called Traffic Zones ("TZs"). The City relies on these projections for use in the Official Plan and by other departments. They take into account proposed and potential development. The TWBR used the City TZ population projections, adjusted to election years, and calculated the voter parity based on population (also described as the population parity) component of effective representation for the various options under consideration.

[27] Dr. Davidson explained that the target year of 2026 to design ward boundaries remains appropriate for several reasons. He stated:

It provides stability for at least 3 elections and possibly 4. It is only 8 years in the future from the next election in 2018. It allows Toronto's

rapid growth to be accommodated, as it is more appropriate to allow wards to grow towards voter parity than away from voter parity. Selecting 2026 as the target year allows the TWBR to address the imbalance that arises from both wards with small populations that are stable and wards with large populations that are growing rapidly" (Exhibit 4, Davidson Witness Statement, para. 62).

[28] Dr. Davidson also explained that the City's growing population will not be distributed evenly across the City. Taking into account the policies of the Official Plan, an accurate projection can be made of where the growth will occur over the next 15 years. He stated that the growing population will locate primarily in the waterfront, designated growth centres and on the avenues both in the central City and other specific locations throughout the entire City (Exhibit 2, p. 386). It was Dr. Davidson's opinion (and Mr. O'Callaghan's submission) that the City has good quality, provincially approved, population projections and it is entirely appropriate to rely upon these projections for ward boundary purposes (O'Callaghan Argument, paras. 45 to 49).

[29] Mr. Wright, responsible for the development of population and household projections for use throughout the City, concluded that the "population and housing projection methodology using the 2013 regional forecasts and potential housing supply as developed in 2015 are appropriate to projecting the future distribution of population for small areas in the City to 2041" (Exhibit 33, Wright Witness Statement, para. 11b)). Mr. Wright provided a thorough review of how the projections he developed were used by the TWBR project team and it was his opinion that they have been proven to be an accurate reflection of growth.

[30] In contrast, Dr. Sancton and Mr. Norman's evidence (and the submission of Mr. Engell) was that the methodology relied upon by the TWBR was simply the wrong approach. Mr. Engell argued that projections are notoriously unreliable. The TWBR's ambition to establish one ward structure for several election cycles was unreasonable and unrealistic. Drawing ward boundaries with a target year of 2026 suggests that fairness in a future election is more important than fairness in the current (2018) election. The philosophy of "looking forward" (adopted by the City through the use of

projections) versus “looking backward” (based on census data) was the crux of the difference of opinion between the City’s and the Appellants’ experts.

[31] The opposition argues that the City’s approach sacrifices voter parity in the next (2018) election and as a result, also sacrifices effective representation. The boundaries of federal electoral districts are reviewed after each 10-year census to reflect changes and movements in the population. Dr. Sancton’s opinion was that the target year of 2026 selected by the TWBR to achieve voter parity was “profoundly misguided”. Ward boundaries should be drawn so that voter parity is achieved as soon as possible. The TWBR approach is to move toward voter parity, rejected by Dr. Sancton and in his opinion an unreasonable approach that fails to achieve effective representation. Further, it was Dr. Sancton’s evidence that a +/- 15% variance for several wards is not acceptable. Beginning with the 2018 election, the FEDS results in better voter parity as compared to both the status quo and the TWBR options. On this basis alone, the submission made was that the FEDS should be adopted as the best means of achieving effective representation.

[32] Mr. Norman testified that population projections are often unreliable. He said census data is the most reliable population data, but that it too can be off due to undercounting and over-counting. He said that population projections for sub-city areas are built on a number of layers of information and assumptions and are particularly unreliable. He said the TWBR’s estimates are based on 2011 census data and that for 2018 they vary widely from data validated in the 2016 census. He stated that based on his calculations, the boundaries set in the By-laws will result in significantly greater variances than projected by the TWBR. It was Mr. Norman’s opinion that for population levels beyond 2018, the TWBR’s projections will likely have a very low degree of accuracy for evaluating voter parity. He said “the most accurate and reliable methodology for evaluating voter parity would be to do so with raw census population counts”.

[33] Relying in part on a previous decision of the Board which examined ward boundaries in Vaughan (*Milani v. Vaughan (City)* [2009] 63 O.M.B.R. 257), Mr. Engell submitted that the Board has rejected options where voter parity starts off poorly and improves over time. It was Mr. Engell's position that "there is no reason why starting closer to parity and growing farther away from it is inherently different from growing into parity. What must be kept in mind throughout is that an acceptable range of parity must be achieved for each election involved" (Engell, Argument, para. 70). Whether the range is acceptable on the facts of this ward boundary review is, ultimately, the major difference between the parties.

[34] A considerable amount of hearing time was dedicated to an examination of the variances involved for each election year for different ward structures. Dr. Davidson explained that voter parity is assessed in terms of "incremental percentage ranges around the average ward population. A range of plus or minus 10% is considered ideal. Population variances can be greater in order to satisfy the other criteria contained in the concept of effective representation. However, if the range gets too large without adequate reasons, effective representation is lost" (Exhibit 4, Davidson Witness Statement, para. 37a.). In assessing parity, Dr. Davidson's opinion was that +/- 15% variances result in acceptable voter parity (population) figures. The TWBR chose a target average ward size of 61,000 and a +/- 15% variance range in population (51,800 – 70,150). This choice was made to reflect minimal change, that is, keep the current average ward population at 61,000 (2011 census) and maintain as many of the current boundaries as possible.

[35] The argument against the 47 ward structure was simply that it does not provide voter parity within generally acceptable limits. The substance of the criticism was that several wards will fall outside the +/- 10% variance range for the 2018 election year (and beyond). Even if it is accepted that a variance of +/- 15% is appropriate, some wards will not achieve parity until 2026. In addition, even accepting 2026 as the

legitimate target year for parity, three wards will not fall within a +/- 15% variance (although each are close to this threshold, with the largest variance being 17.5%).

[36] The City's proposal, commencing with the 2018 election year, results in 17 wards with a variance of more than 10% and 7 wards outside a variance of 15% (Wiener Argument, para 29). On this basis, the argument made was that effective representation is not achieved in the short term. Mr. Engell argued that sacrificing voter parity in the short term (in particular the 2018 election) appears to be predicated on the assumption that fairness of a future election is more important than fairness of the current one. Leaving aside the fact that the City's experts did take issue with the methodology employed by the opposition in analyzing the variances, the City's view was that given their approach is to grow into voter parity through several election cycles, modest variances beyond +/- 15% can be tolerated. In essence, the City submitted that there is an "acceptable range of parity" for each election when comparing the 47-ward structure to the alternative proposals. "For the elections of 2018, 2022, 2026 and 2030, the vast majority (always above 87%) of the new wards fall within the +/- 15% voter parity factor" (Exhibit 4, Davidson Witness Statement, para. 285). In addition, the Board notes and relies upon the fact that communities of interest are best respected with a 47-ward structure, a factor that is a consideration in evaluating effective representation. In comparing his 44 ward structure proposal, Mr. Wiener acknowledged that the 47-ward option somewhat better respects communities of interest. Adoption of the FEDS would result in the Board imposing on the City a structure that could decrease the current 44-ward structure to 25 wards and increase individual ward population, resulting in a significant impact on the capacity to represent.

[37] The 47-ward structure does not achieve "perfect" voter parity for each election cycle. However, none of the alternative options achieve perfect voter parity either. Adoption of the FEDS (based on Mr. Norman's methodology) would result in a small improvement in voter parity (based on a +/- 15% variance) in 2018, for only a handful of wards. Mr. O'Callaghan stated in his closing submissions that one must take into

account the difference in population sizes in the City's proposed wards compared to those in the FEDS. He stated at paras. 66-70 of the City's submissions:

66. It is meaningless to compare the FED 15% voter parity variance from the average FED riding size to the 15% variance from the City's goal of 61,000 average ward population because the denominator in the case of the FED is almost twice the denominator of the TWBR.

67. A 15% variance to the FED with an average population of 111,000 is a range of 31,863 people.

68. A 15% variance to the City's preferred 61,000 people per ward is 18,300 people.

69. This demonstrates that the City's preferred goal of 15% variance from an average ward size of 61,000, achieves a much tighter band of acceptable parity than the FED.

70. In order to compare apples to apples, the variance from the average should be compared in numbers of people not in percentages.

[38] Mr. O'Callaghan goes on to submit that when the variances are compared in terms of numbers of people, the differences between them are not significant. Examining the population numbers of the areas with the largest variances in each proposal, he stated at paras. 71-72:

71. Comparing the worst case parity scenario in the TWBR to the worst case parity scenario in the FED involves the following arithmetic: If we accept Mr. Norman's numbers ... then the TWBR Revised Ward ("RW") 19 has a population variance of 37.33% which equals 45,542 people. [...]

72. From Exhibit 13, page 5, we know that FED riding Etobicoke-Lakeshore has a +21.07% variance from the average population of 111,127 which is 46,828 people.

73. The TWBR's biggest variance and the FED's biggest variance represent approximately the same number of people.

74. So if our +37% variance is a problem, which we do not accept, then it is not a problem that is solved by using the Federal Ridings because the FED's 21.07% variance results in a variance of at least as many people.

[39] Based on these submissions, and the evidence upon which they rely, the Board finds that the difference between the FEDS and the 47-ward structure is not significant and will not result in an unfair election in 2018. This is especially true taking into account all of the *Carter* criteria, including the protection of communities of interest. As indicated in the *Carter* decision, “absolute parity is impossible. It is impossible to draw boundary lines which guarantee exactly the same number of voters in each district. Voters die, voters move. Even with the aid of frequent censuses, voter parity is impossible” (at p. 184). Mr. O’Callaghan submitted that factors other than equality of voter power must “figure in the analysis” (*Carter*, p. 194). The Board notes that another factor is growth projections. In *Carter*, in the context of the review of provincial ridings, the Court said given “that the boundaries will govern for a number of years - the boundaries set in 1989, for example, may be in place until 1996 - projected population changes within that period may justify a deviation from strict equality at the time the boundaries are drawn” (*Carter*, p. 195).

[40] Effective representation is the primary goal and the Board finds that the 47 ward structure, reflected in the By-laws, does achieve that goal. The Board rejects that public consultation was inadequate. In this regard, the Board adopts and relies upon the evidence of Ms. Bowron who explained the various attempts to engage the public in the process, both via community meetings, surveys and on-line engagement. Where there was interest, the TWBR re-examined options (for example, the FEDS option was re-evaluated). Certain proposed boundaries were re-visited as a result of either input from local Councillors or suggestions from the public, whether local ratepayers groups or individuals. The evidence was clear that the 47 ward structure initially recommended was in fact adjusted to reflect input from stakeholders in respect of communities of interest. The Board also finds that ward history and physical and natural boundaries, as well as geographic size and the shape of the wards were carefully considered by the City’s consultants.

Should any alternative Ward Boundary scheme be implemented by the Board?

[41] The Board has the ability to amend the By-laws under appeal to reflect a different ward structure. However, the Board should exercise this power with caution and only in the clearest of cases. On the facts of this case, the Board finds that there are no clear and compelling reasons to interfere with the decision of Council. The City acknowledged in its submissions that there are other ward boundary structures that could have been recommended to form the basis for the By-laws under appeal. In this regard, the TWBR said at the outset of its work that several different approaches could be employed to address the present imbalance. In the final analysis, the Board is satisfied that it should accord deference to the decision of Council, especially in circumstances where the City undertook a thorough review of several options prior to enacting the By-laws.

[42] The alternative proposal provided by Mr. Graff recommended 46 wards, with certain boundary adjustments. Given Mr. Graff's position at the outset of his appeal was that he generally supported the 47-ward structure with refinement, the Board is not inclined to interfere with the work of the TWBR project team and implement a 46-ward structure. One important goal of the TWBR was to maintain communities of interest and the adjustments proposed by Mr. Graff with respect to the boundaries between RW 36 and RW 37 does not necessarily improve the alignment in this part of the City. It was Ms. Bowron's opinion that RW 36 includes important communities of interest, in particular the whole Leslieville neighbourhood north of Queen Street East. Both versions of Mr. Graff's proposal would split the eastern portion of Leslieville, dividing this community of interest (Exhibit 4, Bowron Witness Statement, para. 254). The proposed RW 37 is almost identical to the current Ward 32, subject to the boundary adjustment where a small area is moved into RW 36. As a result, the City's proposal for RW 37 meets the TWBR criterion of minimal change. On this basis, the modifications proposed by Mr. Graff as they affect the downtown wards are also problematic (regardless of election year). The downtown wards are designed to align with the City's Official Plan

designation and were designed to respect minimal change to existing boundaries and maintain the average ward population of 61,000 for each election cycle. The Board relies on the analyses provided by Dr. Davidson and Ms. Bowron in responding to Mr. Graff's proposals (Exhibit 4, Davidson/Bowron Witness Statement, Section 10).

[43] In addition, Mr. Graff's ward configuration would result in a move away from parity for the 2022 and 2026 elections. Mr. Graff suggests that the City should re-visit ward boundaries more often. Under Mr. Graff's approach, there would be fewer wards for the 2018 election and the number of wards would grow in subsequent elections. Given the resources and effort expended for the current ward boundary review process, the City's evidence was that three election cycles should be covered by the outcome, a choice that is within the purview of Council. Finally, phasing in a ward would also create a different standard for voter parity downtown than in the rest of the City (O'Callaghan Argument, para. 56).

[44] Council could have chosen to adopt the FEDS. It did not do so. As indicated previously, there are 25 federal and provincial riding boundaries within the City and the ward boundaries could coincide. However, the TWBR determined at the outset to use the year 2026

...to ensure that any new ward structure will last for several elections and constant ward boundary reviews are not required. This is different from how provincial and federal riding boundaries are determined. Federal and provincial riding boundaries are adjusted every 10 years based on the most recent Census. The current federal ridings are based on the 2011 Census and they will be adjusted again following the 2021 Census. In this respect the TWBR looks to the future, while the federal and provincial riding boundary commissions look to the past" (Exhibit 3, *Additional Information Report*, p. 611).

The difference in approach was clearly explained by the TWBR as part of its recommendations. The Executive Committee had asked the consultants for additional information on the ward option that is consistent with the boundaries of the 25 federal ridings. The evidence was that the TWBR team rejected the option during its initial

screening and again when it was asked by the Executive Committee to re-visit the option. As part of the process, the variance scenarios were analyzed and maps were produced depicting the boundary adjustments. Considerable information was provided.

[45] It is clear that prior to enacting the By-laws, the City Council carefully considered precisely the ward structure that Mr. Di Ciano and Mr. Natale urge the Board to adopt, effective with the 2018 municipal election. Council had considered and rejected a petition that was submitted in June 2013 asking the City to redraw its ward boundaries to mirror the federal riding boundaries. Even if one concludes that the FEDS is a legitimate alternative, the Board finds that it should not impose an option on the City that was available but clearly rejected by Council.

[46] Adopting the FEDS was also supported by the LPCC, albeit its main focus was to encourage the City to adopt an updated governance structure. It was Mr. Dobson's evidence and the submission of Ms. Moulder that implementing the FEDS would provide greater flexibility in designing a governance structure. For example, the 25 wards need not result in 25 councillors or 50 councillors. A different scheme could be implemented and implementing a FEDS would provide the greatest opportunity for change. Mr. Dobson testified that governance was a primary concern brought forward at near every public meeting held in connection with the ward boundary review. A community board structure is preferred by the LPCC and clearly the group has done considerable work and research on the issue. Nonetheless, on a ward boundary appeal the Board's jurisdiction does not extend to mandating a new structure of governance as proposed by LPCC. As indicated above, it is within the discretion of Council to address composition and fix the number of councillors. In this regard, it was Mr. Natale's evidence that there should be a reduction in the number of councillors, one of the reasons he urged the Board to adopt a 25-ward alternative. Yet as a practical matter, the Board was told that a 25-ward alternative could easily lead to 50 wards if the population for each ward were divided in half.

[47] Mr. Wiener's proposal was based on continuing with a 44-ward structure (with different boundaries than exist today). Mr. Wiener argued that his option provides significantly better voter parity in 2018 as compared to the City's approach. With respect to 2026 (City's target year), Mr. Wiener's position was that his option and the City's structure provide voter parity within generally acceptable limits. From the perspective of reflecting natural boundaries and incorporating public consultation, Mr. Wiener submitted that both options are equal. Finally, as indicated earlier Mr. Wiener agreed that the City's approach somewhat better respects communities of interest. Similar to the position taken by Mr. Engell, Mr. Wiener's primary objection to the 47-ward structure was that the variances for the 2018 election fail to maintain voter parity. He urged the Board to adopt his proposal at 44 wards, the 46-ward option proposed by Mr. Graff or the FEDS on the basis that "all three options will provide acceptable levels of voter parity for the 2018 election. Where there are deviations from voter parity, all three options justify those deviations by reference to the other *Carter* criteria of effective representation" (Wiener Argument, para. 49). For reasons explained earlier, the Board rejects the notion that the deviations in voter parity for the alternatives result in "significantly better" effective representation than those that arise in the 47-ward structure. Perfect parity is never achieved.

[48] Mr. Smith urged the Board to amend the By-laws for the purpose of adopting one discrete boundary change between RW 33 and RW 34. Mr. Smith argued that the area known as Crothers Woods should be brought back into RW 33, where it had existed for decades. Based on the preference of the TWBR for minimal change, the City's preference is that the boundary should not be adjusted. However, Dr. Davidson did acknowledge that Mr. Smith's proposed changes will not alter the current and projected populations in either RW 33 or RW 34, given there are no residents in the area in question (Exhibit 4, Davidson Witness Statement, para 226). Two options were proposed and while opposed to any change, the City indicated that if a boundary adjustment were made, its preference is "version 2": where the boundary would continue along the Don Valley Parkway westward to Pottery Road. This adjustment

would not affect the voter parity component of effective representation and provide a more coherent physical boundary for RW 33.

[49] Unlike other Appellants' proposals, Mr. Smith's proposed change does not alter the degree of effective representation provided by the boundaries in the By-laws. The Board finds that based on the historical reasons advocated by Mr. Smith, and taking into account the City's decision to not produce compelling evidence opposing Mr. Smith's proposals, the Board grants Mr. Smith's Appeal and amends the By-laws in accordance with "version 2" of his proposal with the RW 33 boundary continuing along the Don Valley Parkway westward to Pottery Road.

[50] Finally, the Board rejects the relief sought by Mr. Mammoliti which is, in essence, "do nothing". As indicated at the outset, maintaining the status quo would fail to achieve effective representation and would not account for the significant growth that has occurred since 2000 (and is projected to occur going forward) in certain areas of the City, particularly the Downtown. All of the experts who testified agreed that from a parity perspective, the status quo is not an option. Ultimately, the decision to re-examine the City's ward boundaries is one that lies with Council. It has the ability to review its ward structure as often (or as little) as it chooses. The City undertook a lengthy, detailed process, incorporating public comment and considered (and reconsidered) various options. Public and stakeholder inputs were incorporated throughout the process. For the Board to simply send the matter back to Council would be an untenable outcome.

[51] The Board finds that the work undertaken by the TWBR culminating in the By-laws setting out a 47-ward structure was comprehensive. The ward structure delineated in the By-laws provides for effective representation and corrects the current population imbalance amongst the existing 44 wards. The decision made by Council to adopt the By-laws was defensible, fair and reasonable. The decision by Council to implement a

47-ward structure does not diverge from the principles of voter equity and effective representation. In this regard, there is nothing unreasonable in the decision of Council.

DECISION AND ORDER

[52] For all of the reasons given, the decision and order of the Board is to:

- (a) dismiss the Di Ciano, Natale, Wiener, Graff, Mammoliti and LPCC appeals;
- (b) allow the Smith appeal, in part; and
- (c) approve By-law No. 247-2017 and By-law No. 464-2017 re-dividing the City's Ward Boundaries into 47 Wards, subject to moving the RW 33 boundary so that it continues along the Don Valley Parkway westward to Pottery Road, as set out in "Version 2" of Mr. Smith's proposal.

"Jan de P. Seaborn"

JAN de P. SEABORN
VICE-CHAIR

"Hugh S. Wilkins"

HUGH S. WILKINS
MEMBER

DISSENTING DECISION DELIVERED BY BLAIR S. TAYLOR

- [1] I have had the opportunity to review the decision of my colleagues.
- [2] With great respect, I disagree.
- [3] I would have allowed the appeals by Justin Di Ciano and Anthony Natale.
- [4] I would have made an Order dividing the City into 25 wards with names and boundaries identical to the current FEDS in the City, all for the reasons set out below.

SUBJECT MATTER

[5] While this appeal ostensibly concerns the review of ward boundaries in the City, at its core this appeal is about one of the most fundamental rights granted to citizens of Canada in the *Charter of Rights*: the right to vote.

[6] In that light, it is an appeal with regard to the restructuring of the City's wards to ensure that each citizen's vote is (relatively) equal to another citizen's vote, not just for the 2018 election, but for every decision that City Council will make during that four year term.

CENTRAL ISSUE

- [7] The central issue in this appeal is when voter/population parity must be achieved.
- [8] The City's By-laws are based on achieving voter/population parity in 2026.
- [9] Other Appellants including Mr. Di Ciano and Mr. Natale submit that voter/population parity should be achieved for the 2018 election.

BACKGROUND

[10] In 1997, the (newly) amalgamated City had 28 wards that were used to elect 56 representatives (two per ward).

[11] For the 2000 election, the City had 44 wards based on the 22 FEDS in place at that time. Those 44 wards continue to this date.

[12] In June of 2013, the City Council authorized the City Manager to start a process which led to the TWBR.

[13] The TWBR July 2015 Report (“Why Is Toronto Drawing New Ward Boundaries?”) stated that the status quo is not an option and that in terms of voter/population parity, the City is becoming less equitable.

[14] The TWBR in its “Civic Engagement Plus Public Consultation” report stated:

Based on the distribution of ward populations at present, Toronto’s ward structure does not meet the requirements of effective representation. The population of the current wards range from 45,000 to 94,000.

Effective representation is a combination of a number of elements – voter parity, protection of communities of interest and neighbourhoods, physical and natural boundaries, ward history and capacity to represent. While some of the elements may alter strict voter parity, sometimes referred to as rep by pop, voter parity is a major criterion. It forms the basis for representative democracy. There needs to be some assurance that one elector’s vote is similar in weight to another person’s vote.

[15] In the Civic Engagement Plus Public Consultation Report of February of 2016, the Executive Summary noted that five options were pursued and one option was not pursued, the latter being the option of using the 25 FEDS. It was not pursued because:

...It would not achieve voter parity, an essential component of effective representation, nor would it address current discrepancies in ward population sizes.

[16] Thus the FEDS did not make it to the final options considered by the consultants.

[17] The “*Final*” Report by the TWBR is dated as of May 2016 and it recommended a ward structure of 47 wards, with a target population of 61,000 and a target to achieve voter/population parity in the 2026 election. The Executive Committee of the City of Toronto, in receiving the Final Report, referred the matter back to the City Manager with the request to:

- (a) review option 1 (47 wards) with a focus on amendments to address wards with the highest population discrepancies i.e. Wards 20, 22, 23, 27 and 28;
- (b) prepare refinements for option 2 (44 wards);
- (c) further consider Toronto’s ward boundaries for increased consistency with the 25 FEDS; and
- (d) undertake any required additional public consultation.

[18] That work was completed and the TWBR recommended to City Council in its *Supplementary Report* of October 2016, refinements to its 47-ward approach, which the TWBR stated were an improvement to the original 47-ward recommendation. City Council ultimately adopted this revised 47-ward recommendation.

VOTER/POPULATION VARIANCE RANGES

[19] The TWBR *Options Report* (Exhibit 2 page 400) provided this narrative with regard to the ranges used in ward boundary reviews.

Calculating voter parity does not use absolute figures, but proceeds by determining population ranges to achieve wards with ‘similar’ populations. Generally, ward boundary reviews analyze the following ranges:

- Range 1 plus or minus 10% of the ward average;
- Range 2 10% to 15% above the ward average;

- Range 3 10% to 15% below the ward average;
- Range 4 15% to 20% above the ward average;
- Range 5 15% to 20% below the ward average;
- Range 6 20% to 25% above the ward average;
- Range 7 20% to 25% below the ward average;
- Range 8 25% or more above the ward average; and,
- Range 9 25% or more below the ward average.

Achieving a population balance of plus or minus 10% of the ward average (Range 1) is the gold standard of ward boundary reviews. Ranges 2 and 3 (10% - 15% above or below average) can result in acceptable voter parity figures. Ranges 4 and 5 (15% to 20%) can only be used under special circumstances, for example a ward may be below 15% to 20% because it is expected to grow or it may be above this percentage because it is stable and will get closer to the city-wide average in time.

Wards with populations of 20% to 25% above or below average (Ranges 6 and 7) do not satisfy the voter parity criterion. Ranges 6 to 9 (20% to 25% and 25% or more above or below average have been applied, on rare occasions, by municipalities that have to ensure the representation of rural areas within their boundaries.

CONTEXT

[20] Exhibit 1, Tab 17, page 257 is an excerpt from the Ward Population Background Brief and it shows that in 2014: the populations of wards ranged from 44,404 to 93,687, that one ward had a 56.07% variance, a second ward had 54.57% variance, a third ward had 40.72%, and about seven other wards had population variances over 20%.

[21] The TWBR Recommended (47) Wards With Refinements plan is based on a “target” population of 61,000 per ward, and to achieve voter/population parity in 2026.

[22] For 2018, (being the first municipal election for the new ward boundaries using the target population of 61,000 per ward), the TWBR projected for its proposed 47 wards that:

8 wards would have variances of +/- 10%,
1 ward with +/- 15%,
2 wards with +/- 20%, and
2 wards with +/- 30% (37.45% and 34.67%).
(Exhibit 3, Tab 24, page 699)

[23] Contrasted to the average population per ward of 58,892 (not the “target” population of 61,000), the TWBR Recommended (47) Wards With Refinements would result in:

10 wards would have variances of +/- 10%
4 wards with +/- 15%
1 ward with +/- 20%, and
2 wards with +/- 30% (35.21% and 31.91%).
(Exhibit 13, page 2)

[24] The evidence of on behalf of Messrs. Di Ciano and Natale is that for 2018 using the FEDS, there would be only 2 instances where variances were outside 10% and 1 of over 20% (Exhibit 13, Tab 1).

[25] The use of the FEDS was supported by the LPCC as a means of addressing governance issues, which are beyond the jurisdiction of this Board.

[26] Messrs. Wiener, Graff and Mammoliti called no evidence in chief: neither expert nor lay. This Member assigns little weight to their positions.

LUMPINESS/SPIKEYNESS

[27] The City consultants testified that it is appropriate to use a population projection target of 61,000 per ward and a target date of 2026 to implement the new ward boundary system.

[28] They assert this based on the fact that the growth that has occurred in the City has been uneven in nature (“lumpy/spikey”), that the target population of 61,000 per ward is appropriate, and that the goal of voter/population parity by 2026 enables the revised ward system to grow into parity based on the anticipated further development in specific areas in the City.

[29] In contrast, Messrs. Di Ciano and Natale submit that the census work of Statistics Canada ought to be used as it is used in the FEDS, as those numbers are actual numbers and not projections, that one should use the actual average population for a ward not a target, and also that it is not appropriate to be looking at a time frame to 2026 to implement voter/population parity.

THE LAW

[30] Much of the case law has been reviewed in the majority decision.

[31] I set out below certain portions of the Justice McLachlin (as she then was) decision in *Carter, supra*, that are central to my decision with my emphasis.

C. The Meaning of the Right to Vote

It is my conclusion that the purpose of the right to vote enshrined in s. 3 of the Charter is not equality of voting power *per se*, but the right to “effective representation”. Ours is a representative democracy. Each citizen is entitled to be represented in government. Representation comprehends the idea of having a voice in the deliberations of government as well as the idea of the right to bring one’s grievances and concerns to the attention of one’s government representative; as noted in *Dixon v. B.C. (A.G.)*, [1989] 4 W.W.R. 393, at p. 413, elected representatives function in two roles – legislative and what has been termed the “ombudsman role”.

What are the conditions of effective representation? The first is relative parity of voting power. A system which dilutes one citizen’s vote unduly as compared with another citizen’s vote runs the risk of providing inadequate representation to the citizen whose vote is diluted. The legislative power of the citizen whose vote is diluted will be reduced, as may be access to and assistance from his or her representative. The result will be uneven and unfair representation.

But parity of voting power, though of prime importance is not the only factor to be taken into account in ensuring effective representation...

Notwithstanding the fact that the value of a citizen’s vote should not be unduly diluted, it is a practical fact that effective representation often cannot be achieved without taking into account countervailing factors.

First, absolute parity is impossible. It is impossible to draw boundary lines which guarantee exactly the same number of voters in each district.

Voters die, voters move. Even with the aid of frequent censuses, voter parity is impossible.

Secondly, such relative parity as may be possible of achievement may prove undesirable because it has the effect of detracting from the primary goal of effective representation. Factors like geography, community history, community interests and minority representation may need to be taken into account to ensure that our legislative assemblies effectively represent the diversity of our social mosaic. These are but examples of considerations which may justify departure from absolute voter parity in the pursuit of more effective representation; the list is not closed.

It emerges therefore that deviations from absolute voter parity may be justified on the grounds of practical impossibility or the provision of more effective representation. Beyond this, dilution of one citizen's vote as compared with another's should not be countenanced. I adhere to the proposition asserted in *Dixon, supra*, at p. 414, that "only those deviations should be admitted which can be justified on the ground that they contribute to better government of the populace as a whole, giving due weight to regional issues within the populace and geographic factors within the territory governed."

(Emphasis added)

[32] Further, at page 195 of the decision, Justice McLachlin provides this comment with regard to timing.

... Yet another factor is growth projections. Given that the boundaries will govern for a number of years – the boundaries set in 1989, for example, may be in place until 1996 – projected population changes within that period **may justify a deviation from strict equality at the time the boundaries are drawn.** (Emphasis added)

[33] In terms of the approach to ward boundary appeals such as this, the Board has taken the position that it should not lightly interfere with municipal decisions unless there are clear and compelling reasons to do so (*Savage v. Niagara Falls (City)*, 45 O.M.B.R. 56).

[34] Similarly, the Board in *Teno v. Lakeshore (Town)*, 51 O.M.B.R. 473 made these findings:

29 The Board finds that in assessing whether ward boundaries should be redivided, **the over-riding principle is voter parity** as cited by the Supreme Court of Canada. Any deviations from voter parity must

be justified based on the other factors referred to by the Supreme Court and by this Board, in a manner which supports the notion that in the absence of this deviation, there would be a loss of effective representation. Thus any deviation factor whether it be 1% or 33% must be supportive of a more effective representation of the electors and their interests...**(Emphasis added)**

36. Thus, this Board accepts that there must be clear and compelling reasons for the Board to interfere in a municipal council's decision on these matters, and that it may have to be demonstrated that a municipal council has acted unfairly or unreasonably in making a decision on these issues. However, if the evidence demonstrates that the decision of the municipality operates to diverge from the overriding principle of voter equity and effective representation, then the Board can only conclude that the Council has acted unreasonably. Where however, the issues are not so clear cut, then it may be that the Board may accord deference to the decision of the municipal council.

[35] The Board in *Teno, supra*, found based on the evidence before it, that the disparities in voter representation that then existed would continue to worsen, and the Board found it was untenable and contrary to the principles set out in the Supreme Court of Canada to allow the current system to continue. The Board said this:

46 Thus the Board finds that there is clear and compelling evidence to support a redivision of the ward boundaries, and that the municipality, while always acting fairly and in a way which they viewed as representing the public interest, acted unreasonably in deciding to maintain the current electoral boundary system, in the face of the information and recommendations made to them by their staff.

PRINCIPLES

[36] From this case law, four principles ensue.

[37] First, the overriding principle in assessing ward boundaries is to achieve voter/population parity at the time the boundary lines are drawn.

[38] Second, any deviation from such voter/population parity must be justified by other *Carter* criteria in a manner that is more supportive of effective representation. Absent this, the dilution of one citizen's vote as compared to another should not be countenanced.

[39] Third, there must be clear and compelling reasons for the Board to interfere with a municipal council's decision.

[40] And finally, if the evidence demonstrates that the municipal council's decision diverges from the overriding principle of voter/population parity and effective representation, the Board can only conclude that council acted unreasonably.

2018 VOTER/POPULATION PARITY

[41] Using the TWBR's variance ranges, the use of the revised 47-ward boundaries for 2018 would not result in voter/population parity for the 2018 municipal election. Of the 47 proposed wards, using the average ward population (and not the "target"), 10 wards would have a +/- variance over 10%, 4 wards would have +/- 15% variance (which can only be justified under special circumstances), 1 ward at +/- 20%, and 2 wards over +/- 30%, which do not satisfy the TWBR's voter/population criterion (and there are no "rural" areas in the City).

GROWING INTO PARITY

[42] The City submits that it is preferable to grow into parity with the aim of reaching that parity based on the population projections by 2026. Why? Because, say the City consultants, ward boundary reviews are expensive and time consuming, and the City is experiencing uneven growth in areas that have been designated for such growth in the City's Official Plan.

[43] Messrs. Di Ciano, Natale and Wiener challenge that provision. Counsel for Messrs. Di Ciano and Natale submits:

The TWBR's insistence that it is better to grow into parity than grow out of it must have implicitly been predicated on the idea that fairness of a future election is more important than the fairness of the current one. There is no reason why starting closer to parity and growing farther away from it is inherently different from growing into parity. What must be kept in mind throughout is that an acceptable range of parity must be achieved for each election involved.

[44] Mr. Wiener aptly notes:

While there has been significant jurisprudence on what effective representation is, there has been little jurisprudence on when effective representation should be determined.

[45] In Reply, counsel for the City submitted that: "...there is no jurisdiction or statutory authority that the City must achieve parity [of voter/population] in any particular time frame."

PARITY WHEN?

[46] Counsel for Messrs. Di Ciano and Natale submits that the position of the City on achieving voter/population parity is like "Waiting for Godot": voter/population parity is hoped for by the City, but under its proposed ward boundary system, like Mr. Godot, it may never show up.

FINDINGS

[47] This Member of the panel finds that the appropriate approach for a ward boundary review would be to first consider the issue of voter/population parity at the time the boundaries are drawn. A review of the voter/population parity for 2018 for the revised 47 wards as proposed by the City reveals that voter/population parity would not be achieved for 2018. Using the average (and not the target) population per ward, 17 wards would have variances of greater than +/- 10%, of which 4 wards would be in the +/- 15% range, 1 ward in the +/- 20% range, and 2 wards in the +/- 30% range. Such variances well exceed the standards recommended by the City consultants. Such

variances do not meet the conditions of effective representation that are set out in *Carter* inasmuch as the first criteria is relative parity of voting power and this Member finds that relative parity is lacking in the revised 47 ward option, affecting the fundamental *Charter* given right to vote for thousands of citizens of the City.

[48] Second, this Member finds that the imbalance of voter/population parity will permeate every decision that City Council will make during its four year term of office. As the TWBR Supplementary Report notes: "Toronto's current ward structure, implemented approximately 15 years ago, has become unbalanced. This is problematic, not just at election time, but every time City Council votes."

[49] Third, in contrast to the recommended 47 wards, this Member finds that the voter/population variances in the FEDS wards with the names and boundaries identical to the current federal electoral districts (and provincial districts) achieve much better voter parity in 2018 with only 2 wards outside 10% and 1 outside 20%. Even this is not perfect parity, but it is far superior to that recommended by the City's consultants.

[50] Fourth, with regard to the other *Carter* criteria, this Member finds that there is no overriding and countervailing case to be made on communities of interest, physical and natural boundaries, and ward history. All those criteria are duly considered in the FEDS for both the federal elections and the provincial elections (the latter of which occurs in 2018 before the City's election).

[51] Fifth, as voter/population parity is of "prime" importance, are there some other clear or compelling reasons to allow such deviation? I do not find the City's submissions (that ward boundary reviews are expensive and time consuming) to be persuasive as the City's ward boundaries have not been reviewed since 2000, and the FEDS are regularly reviewed and accordingly adjusted, and this process is readily available to the City.

[52] Sixth, I find that the use of the FEDS would result in a fair election in 2018, that the continued use of the FEDS would provide the basis for future elections that are fair, that they will result in boundaries that are derived from regular, thorough, arms-length, open public processes and which can be quickly, reliably, and relatively inexpensively adjusted and adopted by the City on an ongoing basis.

[53] Finally, I strongly disagree with the submission of City's counsel that: "...there is no jurisdiction or statutory authority that the City must achieve parity [of voter/population] in any particular time frame".

[54] I find that the City is dealing with a fundamental right provided under the *Charter* such that when the City is proposing a ward boundary review, the cornerstone of such a review must seek to achieve acceptable voter/population parity for the forthcoming election and not be aimed at an election event in 2026, (eight years hence following innumerable City Council votes, resolutions and By-laws), the result of which would be to unduly dilute the fundamental, *Charter* given, right to vote for thousands of citizens during that entire intervening period. In short, I find that the *Charter* provides the jurisdiction and the authority that requires the City to achieve parity [of voter/population] in 2018.

NUMBER OF COUNCILLORS

[55] There will be those who will say that the FEDS with 25 wards will result in 50 councillors. That might be, but that is an issue that the Board has no jurisdiction over. That decision rests solely with City Council.

[56] However, it appears to this Member that there are a host of options open to the City, including but not limited to these four as set out by Dr. Sancton:

1. 25 councillors (1 councillor per ward);
2. 30 councillors with 25 councillors (1 per ward) plus 1 area councillor for each five groupings of five wards;
3. 35 councillors with 25 councillors (1 per ward) plus 10 councillors elected at large; or
4. 50 councillors with 2 councillors elected per ward.

[57] City Council has the jurisdiction to make decisions on the number of councillors, and I would have left that to City Council.

CONCLUSION

[58] I would have allowed the appeal by Justin Di Ciano and Anthony Natale.

[59] I would have made an Order to divide the City into 25 wards with names and boundaries identical to the current FEDS in the City which also happen to be identical to the current provincial electoral districts.

[60] The basis for my decision is that, as in *Teno, supra*, while City Council has, I believe, acted fairly and in a way they viewed as being in the public interest, nevertheless the recommended results from the consultants to the City and adopted by the City Council do not meet the criteria established by the Supreme Court of Canada in *Carter*. In my opinion, the proposed 47 wards do not provide voter/population parity in 2018. The result of this will affect the *Charter* given fundamental right to vote (and effective representation), and unduly dilute that right to thousands of voters, not just in the 2018 election but for all the decisions of City Council in the four year term of office.

[61] The case law is clear that where the evidence demonstrates that the decision of the municipality operates to divert from the overriding principle of voter/population parity

and effective representation, then the Board can only conclude that the Council has acted unreasonably.

"Blair S. Taylor"

BLAIR S. TAYLOR
MEMBER

If there is an attachment referred to in this document,
please visit www.elto.gov.on.ca to view the attachment in PDF format.

Ontario Municipal Board

A constituent tribunal of Environment and Land Tribunals Ontario
Website: www.elto.gov.on.ca Telephone: 416-212-6349 Toll Free: 1-866-448-2248

Tab 19

CITATION: Natale v. City of Toronto, 2018 ONSC 1475
DIVISIONAL COURT FILE NO.: 41/18
DATE: 20180306

SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO
DIVISIONAL COURT

RE: ANTHONY NATALE and JUSTIN DI CIANO, Moving Parties

AND

CITY OF TORONTO, KEVIN WIENER, BRIAN GRAFF, GIORGIO MAMMOLITI, JAMES GORDON SMITH and LAKESHORE PLANNING COUNCIL CORPORATION, Responding Parties

BEFORE: Swinton J.

COUNSEL: *Bruce Engell and Sylvain Rouleau*, for the Moving Parties

Glenn K.L. Chu, Diana Dimmer, Brendan O'Callaghan and Matt Schuman, for the City of Toronto, Responding Party

Kevin Wiener, self-represented, Responding Party

HEARD at Toronto: March 2, 2018

ENDORSEMENT

[1] The moving parties Anthony Natale and Justin Di Ciano seek leave to appeal the decision of the Ontario Municipal Board (the “Board”) dated December 15, 2017 that approved By-laws 267-2017 and 464-2017 of the City of Toronto with one slight change. These by-laws approved a 47 ward system for municipal elections and are intended by the City for use in the October 22, 2018 election and elections in 2022, 2026 and possibly 2030.

[2] For the reasons that follow, I would ~~dismiss the motion for leave to appeal~~. Accordingly, I need not address the City’s alternative argument that no appeal lies to the Divisional Court pursuant to s. 96(1) of the *Ontario Municipal Board Act*, R.S.O. 1990, c. O.28 (“OMB Act”) with respect to a decision relating to ward boundaries.

[3] This motion for leave to appeal was heard at the same time as an application brought by the City for certain declarations. That application is a separate proceeding, in which I am sitting

as a Superior Court judge rather than as a judge of the Divisional Court. The reasons in that application will be issued separately and at a later date.

[4] An appeal lies to the Divisional Court from a decision of the Board only with leave and only on a question of law (s. 96(1), *OMB Act*). In determining whether to grant leave, the first question to be asked is whether there is some reason to doubt the correctness of the Board's decision on a question of law – in other words, is the decision open to serious debate (*Vaughan (City) v. Rizmi Holdings Ltd.*, 2003 CarswellOnt 2907 at para. 8)? While some leave decisions consider the impact of the standard of reasonableness in answering that question, I need not enter into a consideration of whether the Board's decision would ultimately be reviewed on a reasonableness or correctness standard. In my view, there is no good reason to doubt the correctness of the Board's decision on what the moving parties described as the “conventional legal issues”.

[5] The moving parties concede that the Board enunciated the correct legal test to be applied in determining ward boundaries. The Board set out the principles from the Supreme Court of Canada's decision in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158 (referred to as *Carter*). The primary consideration in drawing electoral boundaries is “effective representation”, which requires consideration of relative parity of voting power as well as other factors, such as geography, communities of interest, and capacity to represent (*Carter*, pp. 183-85).

[6] The Board also cited its past jurisprudence holding that there should be deference to the decision of a City Council on ward boundaries, and the Board should intervene only if there are clear and compelling reasons to do so – for example, because the City Council acted unfairly or unreasonably. While the moving parties suggested in oral argument that there should be no deference, the Board's approach is consistent with that of the Supreme Court in *Carter*, where the majority stated that there should not be intervention with respect to an electoral map adopted by the legislature unless the boundaries are unreasonable (at p. 189).

[7] The moving parties argue that the Board erred in the application of these legal principles. They submit that voter parity is the primary consideration in drawing ward boundaries, and the Board should depart from voter parity only if it can point to another factor, such as preservation of communities. They argue that the Board did not justify departing from voter parity in its reasons, and it therefore erred when it approved the new 47 ward by-law rather than their preferred option, using the 25 federal electoral ridings.

[8] In this case, the City adopted their consultants' proposed ward size of 61,000, with a variance of +/- 15% deemed acceptable. The moving parties take the position that the ward boundaries should reflect the 25 federal riding boundaries, because this provides better voter parity for the 2018 election than the 47 wards that were approved. The 47 ward proposal, they submit, does not achieve voter parity until 2026.

[9] I see no reason to doubt the correctness of the Board's application of the governing legal principles. The moving parties and the dissenting opinion in the Board decision see voter parity as the primary factor in setting ward boundaries. However, the Supreme Court of Canada in *Carter* emphasized that primary concern is "effective representation" (at p. 183). Relative parity is important, but so, too, are factors such as "geography, community history, community interests and minority representation", as well as other factors (at p. 184). The Supreme Court also held that growth projection can be a relevant factor, and boundaries may be drawn with a view to population growth in the future, even if that results in a departure from parity at the outset (at p. 195).

[10] Setting electoral boundaries is an exercise that requires a weighing of many policy considerations. The Board heard from a number of expert witnesses over the course of a seven day hearing. It considered relative voter parity as well as other factors. It concluded that communities of interest are best respected in a 47 ward structure (at para. 36). It also noted that a 25 ward structure could increase voter population in the wards "resulting in a significant impact on the capacity to represent" (at para. 36). The Board considered the evidence respecting voter parity and "finds that the difference between the FEDS and the 47-ward structure is not significant and will not result in an unfair election in 2018", particularly taking into account all the *Carter* criteria, including the protection of communities of interest (at para. 39). The Board found that the 47 ward structure achieves the goal of effective representation (at para. 40). It also found that the City's consultants engaged in adequate public consultation.

[11] The moving parties have failed to show any arguable legal error by the Board. The moving parties are really taking issue with the Board's findings of fact, its preference for certain evidence and its weighing of the various factors that go into a finding with respect to "effective representation." There is no basis for intervention by the Divisional Court with respect to the Board's decision to approve the by-laws.

[12] The moving parties also asked for leave to appeal a "novel" question. They submit that the Board erred in law in putting in place a 47 ward structure in time to take effect in the 2018 election without ensuring that City Council passed a corresponding by-law to change the composition of Council from the present 44 councillors to 47.

[13] No party asked the Board to deal with this issue. Indeed, in an appeal pursuant to s. 128 of the *City of Toronto Act*, S.O. 2006, c. 11, Sch. A ("COTA"), the Board's task is to determine the acceptability of ward boundaries. It does not have jurisdiction to determine the composition of council. That is the task of council itself in accordance with s. 135 of *COTA*.

[14] My task, on this leave motion, is to determine whether there is reason to doubt the correctness of the Board's decision on a question of law. There is no basis to intervene on the "novel" issue, where the Board was not asked to deal with this question.

[15] Accordingly, the motion for leave to appeal is dismissed. The parties have agreed that there will be no order as to costs.

Swinton J.

Date: March 6, 2018

Tab 20



**IN THE SUPREME COURT OF NEWFOUNDLAND AND LABRADOR
TRIAL DIVISION (GENERAL)**

Citation: *Mitchell v. Jackman*, 2017 NLTD(G) 150

Date September 6, 2017

Docket: 201101G7277

BETWEEN:

JULIE MITCHELL

APPLICANT

AND:

CLYDE JACKMAN

FIRST RESPONDENT

AND:

JACQUELINE MULLETT

SECOND RESPONDENT

AND:

MARY FRANCIS

THIRD RESPONDENT

AND:

MARY HODDER

FOURTH RESPONDENT

AND:

VICTOR POWERS

FIFTH RESPONDENT

AND:

**CANADIAN CIVIL LIBERTIES
ASSOCIATION**

FIRST INTERVENOR

AND:

**ATTORNEY GENERAL OF
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR**

SECOND INTERVENOR

Before: Justice Gillian D. Butler

Place of Hearing: St. John's, Newfoundland and Labrador

Dates of Hearing: February 27, 28, 2017; March 1, 2017

Summary:

The special ballot provisions of the Province's *Elections Act, 1991*, contravene the democratic right to vote guaranteed by section 3 but not the right to freedom of expression protected by section 2(b) of the *Charter*. The section 3 infringement cannot be saved by section 1 of the *Charter*.

Appearances:

William A.F. Hiscock Appearing on behalf of the Applicant
Allison S. Conway

No appearance On behalf of the First and Second Respondents

Andrew A. Fitzgerald Appearing on behalf of the Third, Fourth and Fifth Respondents

Jennifer L. McAleer Appearing on behalf of the First Intervenor
Mark Watton

Ian F. Kelly, Q.C. Appearing on behalf of the Second Intervenor
Daniel M. Glover

Authorities Cited:

CASES CONSIDERED: *Mitchell v. Jackman*, 2016 NLTD(G) 132; *Hoogbruin v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 W.W.R. 700, 24 D.L.R. (4th) 718 (B.C.C.A.); *Dixon v. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393, 35 B.C.L.R. (2d) 273 (S.C.); *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37; *Mitchell v. Jackman*, 2012 NLTD(G) 181; *Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. v. R.W.D.S.U., Local 558*, 2002 SCC 8; *Haig v. R.*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Reference re Questions Concerning Amendment of Constitution of Canada as Set out on O.C. 1020/80*, [1981] 1 S.C.R. 753; *O.E.C.T.A. v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 15; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103

STATUTES CONSIDERED: *Elections Act, 1991*, S.N.L. 1992, c. E-3.1; *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11; *House of Assembly Act*, R.S.N.L. 1990, c. H-10; *Judicature Act*, R.S.N.L. 1990, c. J-4

RULES CONSIDERED: *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D

TEXTS CONSIDERED: Robert J. Sharpe & Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, 6th ed. (Toronto: Irwin Law Inc., 2017)

SECONDARY SOURCES: House of Assembly, Newfoundland and Labrador, debates as recorded in *Hansard*

REASONS FOR JUDGMENT

BUTLER, J.:

INTRODUCTION

[1] This Application calls into question the constitutionality of the special ballot provisions set out in sections 86 to 86.10 of the *Elections Act, 1991*, S.N.L. 1992, c. E-3.1 (herein, “the *Act*”), which permit special ballot voting prior to the deadline for the official nomination of candidates and even before the issuance of the writ of election. The impugned provisions are challenged on the basis that they violate the democratic rights set out in section 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11 (“*Charter*”) and further, on the basis that, read in concert with section 226.1 of the *Act* – which places certain restrictions on election advertising – they violate the freedom of expression guaranteed by section 2(b) of the *Charter*. It is further submitted that neither violation is saved by section 1.

[2] For the reasons outlined below, I find that the special ballot provisions violate section 3 but not section 2(b) of the *Charter*. I also find that the infringement cannot be justified under section 1. I therefore grant the Applicant’s request for a declaration that sections 86 to 86.10 of the *Act* are inconsistent with the *Charter* and are therefore of no force and effect.

BACKGROUND

[3] The parties to this Application prepared an Agreed Statement of Facts setting out, among other information, a timeline of the key dates for the 2011 Newfoundland and Labrador General Election. An appreciation of these key dates is crucial to understanding the challenge to the impugned provisions in this case, and so I summarize these below.

[4] Ms. Mitchell, the Applicant herein, was the New Democratic Party (“NDP”) candidate in the riding of Burin-Placentia West in the 2011 Newfoundland and Labrador General Election, having been nominated, for that Party’s purposes, as of July 12, 2011. (I note however that nomination for a Party’s purposes is distinct from official nomination as a “candidate” under the *Act*.)

[5] Special ballot voting for the 2011 election began at the Office of the Chief Electoral Officer Headquarters/District Returning Office on Monday, August 22, 2011, this date having been administratively established by the Chief Electoral Officer under section 86.9 of the *Act*. Special ballot voting then began in designated special ballot voting locations on Wednesday, August 24, 2011.

[6] The election writs were issued pursuant to sections 57 and 61 of the *Act* on September 19, 2011. That was also the first date within the writ period on which broadcast and print advertising was permitted pursuant to section 226.1 of the *Act*.

[7] On September 21, 2011, Ms. Mitchell was officially nominated as a candidate for the electoral district of Burin-Placentia West pursuant to section 68 of the *Act*.

[8] Special ballot notices were posted in personal care homes and hospitals on September 27, 2011.

[9] The close of nominations (“nomination day”) occurred on October 1, 2011, as determined pursuant to section 59 of the *Act*. After that date, candidates could receive funding (see section 282) and transfers from their party (see section 293).

[10] The notices of grant of poll were publicized between Saturday, October 1, 2011 (after 2 p.m.), and Monday, October 3, 2011, pursuant to section 80. Notices of the advance polls were given on Saturday, October 1, 2011, in accordance with the time set under section 126.

[11] Ballots were then distributed to all districts beginning Sunday, October 2, 2011, in accordance with sections 93 and 94.

[12] Special ballot voting began at personal care homes and hospitals on Monday, October 3, 2011, and the deadline to apply for a special ballot at Elections NL Headquarters or the Returning Officer's District Office was Tuesday, October 4, 2011, this date having been administratively established by the Chief Electoral Officer under section 86.9 of the *Act*. Advance polls opened on Tuesday, October 4, 2011 pursuant to section 125. The deadline for receipt of a completed special ballot to Elections NL/RO District Office and the conclusion of special ballot voting at designated special ballot office locations occurred on Wednesday, October 5, 2011.

[13] Declaration envelopes from all special ballots were removed from the special ballot envelopes on Saturday, October 8, 2011. Special ballots were then counted at Elections NL Headquarters in St. John's at 6 p.m., Sunday, October 9, 2011, pursuant to section 86.6(6).

[14] Media advertising for campaigns ended on Sunday, October 9, 2011 at midnight, pursuant to section 226.1 of the *Act*.

[15] The election (polling day) was held on Tuesday, October 11, 2011, pursuant to section 3 of the *House of Assembly Act*, R.S.N.L. 1990, c. H-10. The official count of the votes occurred on Friday, October 14, 2011, pursuant to section 153 of the *Act*.

[16] While Ms. Mitchell received the most advance poll and polling day votes in the Burin-Placentia West electoral district, when the special ballots were counted, Mr. Clyde Jackman, the Progressive Conservative Party candidate in that riding, received a total of 2,538 votes cast and Ms. Mitchell received 2,498 votes. Mr. Jackman was therefore elected to the House of Assembly as the member for that riding.

PROCEDURAL HISTORY

[17] This case has had a protracted procedural history, much of which is not relevant to this Judgment. Below, I summarize the relevant procedural steps taken to date.

[18] On November 28, 2011, Ms. Mitchell brought an Application in this Court seeking the following declaratory relief:

- (a) that the special ballot provision of the *Elections Act, 1991*... most particularly sections 86 to 86.10, be declared unconstitutional and in breach of section 3 of the *Charter*, and that said breach of the Applicant's and others *Charter* rights are not saved by section 1 of the *Charter*;
- (b) that this Honourable Court, in accordance with the powers granted this Honourable Court under section 253(1) of the *Elections Act, 1991*... declare that Mr. Jackman was improperly elected as a member of the House of Assembly and that the election in the district of Burin-Placentia West is void;
- (c) that this Honourable Court order or recommend that a new election take place in the district of Burin-Placentia West as soon as practical for the selection of a Member of the House of Assembly so as to provide effective representation to the people of Burin-Placentia West in the provincial legislature; and
- (d) such other relief as this cause may require, as counsel may plead, and this Honourable Court may deem mete and just.

[19] Mr. Jackman was named as the First Respondent to the Application and Ms. Jacqueline Mullett, the Liberal Party candidate for the Riding in that election, was named as the Second Respondent. The Third and Fourth Respondents to the Application, Ms. Mary Francis and Ms. Mary Hodder, were, respectively, the returning officer and the election clerk for the Burin-Placentia West electoral district for the 2011 election. The Fifth Respondent, Mr. Victor Powers, was the Chief Executive Officer of Elections NL at the time of the 2011 general election.

[20] On February 27, 2012 the Canadian Civil Liberties Association (“CCLA”) was granted leave to intervene “on constitutional issues” by oral decision of Orsborn, C.J., as he was then, and was added to the Application as the First Intervenor.

[21] The notice provided to the Attorney General for the province of Newfoundland and Labrador, pursuant to section 57 of the *Judicature Act*, R.S.N.L. 1990, c. J-4, stated that the constitutionality of sections 86 to 86.10 of the *Act*, were being challenged on the basis that they infringe sections 2(b) and 3 of the *Charter*. In response, the Attorney General filed a notice of intention to participate and was added to the Application as the Second Intervenor.

[22] An interlocutory challenge to Ms. Mitchell’s standing in the constitutional claim brought by the Second Respondent was denied by Justice Hall in a Judgment issued on December 7, 2012.

[23] On January 18, 2016, the Applicant filed an interlocutory application seeking to have the within matter placed on the pre-trial list pursuant to Rule 40.05(3)(a) of the *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D. In response, the Fifth Respondent filed two affidavits taking the position that the relief sought by the Applicant was no longer available and the issue raised in the originating application was moot.

[24] On July 8, 2016, I filed a Judgment (*Mitchell v. Jackman*, 2016 NLTD(G) 132) in which I held that the Applicant could no longer pursue the personal remedies sought in paragraphs (b) and (c) of her prayer for relief, (listed above in paragraph 18 herein), agreeing that those issues were indeed moot since another general election had been held. I confirmed, however, that the Applicant could proceed with the claims for relief set out in paragraphs (a) and (d). I therefore set the matter down on the pre-trial list.

[25] At the pre-trial conference, held before Justice Halley on September 29, 2016, the Third, Fourth and Fifth Respondents raised a question with respect to the scope of the issues to be determined in this matter. While the First Intervenor had raised the question of whether section 226.1, read in concert with sections 86 to 86.10 of the *Act*, violated section 2(b) of the *Charter*, the Third, Fourth, and Fifth Respondents took the position that this issue was outside the ambit of the hearing, having not been put in issue by the Applicant in her Originating Application. The Third, Fourth, and Fifth Respondents argued that the First Intervenor should not be permitted to expand the scope of the litigation. At that time, Justice Halley directed that, if there was a disagreement as to the issues in question, the First Intervenor could bring an application before the hearing.

[26] The First Intervenor did not bring an application to clarify the scope of the issues to be dealt with in the within Application. It was, however, raised at the commencement of the hearing before me.

ISSUES

[27] Following brief arguments on the point, I directed that submissions on the Application should be limited to the following issues:

- (a) Do the special ballot provisions set out in sections 86 to 86.10 of the *Elections Act, 1991*, violate section 3 of the *Charter*?

- (b) Do the special ballot provisions set out in sections 86 to 86.10 of the *Elections Act, 1991*, read in concert with section 226.1, violate section 2(b) of the *Charter*?
- (c) If a violation of either or both sections 2(b) or 3 of the *Charter* is found, are sections 86 to 86.10 saved by section 1 of the *Charter*?

[28] In giving this direction, I noted the following points. First, even though the Originating Application's requested remedies did not avert to section 2(b) of the *Charter*, the notice provided to the Attorney General pursuant to section 57 of the *Judicature Act* raised the constitutionality of sections 86 to 86.10 of the *Act*, on the basis of both sections 3 and 2(b) of the *Charter*.

[29] Second, the Applicant's Replies to Demands for Further and Better Particulars raised the issue of a section 2(b) breach on more than one occasion.

[30] Third, Orsborn, C.J. (as he was then), when granting intervenor status to the First Intervenor, did not limit the First Intervenor's arguments to section 3 of the *Charter*. Instead, he granted leave on "constitutional issues", as noted above.

[31] Fourth, my earlier decision on the mootness of the Applicant's personal remedies did not purport to limit the scope of the constitutional arguments in this case, but instead to proscribe the Applicant's prayer for personal relief.

[32] Fifth, while Halley J. directed that the First Intervenor could bring an application to clarify the scope of the live issues in this case, it is not clear that this direction was mandatory. The failure to bring the application was therefore not fatal to the First Intervenor's right to raise this issue at the commencement of the hearing, as appropriate notice had been given to the Attorney General.

[33] Sixth, and finally, at the hearing, the First Intervenor clarified that while it takes issue with sections 86 to 86.10 of the *Act*, as read in concert with section 226.1, no challenge is brought to the constitutionality of section 226.1.

[34] For those reasons, I held that the CCLA's arguments with respect to section 2(b) of the *Charter* did not expand the scope of the litigation beyond what was contemplated by the Applicant in the pleadings and/or the notice to the Attorney General and its arguments in this respect had not been proscribed by any earlier order of this Court.

RELEVANT LEGISLATION

[35] Sections 2(b) and 3 of the *Charter* provide:

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;

...

3. Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

[36] The impugned provisions 86 to 86.10 of the *Act*, as well as other relevant sections are set out in Schedule 'A' to this Judgment.

[37] In addition to the *Elections Act, 1991* provisions, section 3 of the *House of Assembly Act*, provides:

- 3 (1) Notwithstanding another provision of this section, the Lieutenant-Governor may, by proclamation in Her Majesty's name, prorogue or dissolve the House of Assembly when the Lieutenant-Governor sees fit.
- (2) A polling day at a general election shall be held on the second Tuesday in October, 2007 and afterward on the second Tuesday in October in the fourth calendar year following the polling day at the most recently held general election.
- (3) Notwithstanding subsection (2) and section 3.1, the polling day for a general election in 2015 shall be held on November 30, 2015.
- (4) Notwithstanding subsection (2), if, on April 1 in the year that a general election is to be held under that subsection, the Premier is of the opinion that the day that would be an ordinary polling day under that subsection is not suitable for that purpose because it overlaps with a federal election, the Premier shall choose an alternative day in accordance with subsection (5) and shall provide advice to the Lieutenant-Governor that a general election be held on that alternative day.
- (5) The last Monday in November in the fourth calendar year following the ordinary polling day for the most recently held general election is the alternative day referred to in subsection (4).

KEY OBSERVATIONS

[38] Several important observations flow from the facts and legislative provisions that I have referenced.

[39] First, elections in Newfoundland and Labrador are generally on a fixed schedule in accordance with section 3(2) of the *House of Assembly Act* and occur on the second Tuesday in October every four years, with certain exceptions. The fixed schedule is, however, subject to the discretion of the Lieutenant Governor to dissolve the Legislature, as affirmed by section 3(1).

[40] Elections are commenced through proclamation by the Lieutenant-Governor pursuant to section 57 of the *Act*. The proclamation must designate a polling date between 21 days and 30 days after the date of the proclamation (section 58(1)). Nomination day is 10 days before the polling day (section 59), or between 11 and 20 days after the proclamation. That is the first day on which the public can know the list of duly nominated candidates.

[41] An application for a special ballot kit may be made by any individual qualified to vote in the Province at the office of the Chief Electoral Officer beginning not more than four weeks (28 days) before the issue of the writ of election and ending at 6:00 p.m. on a day to be determined by the Chief Electoral Officer (section 86(4)). As a result, there may be a period of more than 40 days during which special ballot voters may vote without knowing the complete list of officially nominated candidates and only approximately 5 days in which special ballot voters can cast their vote knowing the full list of candidates.

[42] In the case now before me, special ballot voting was conducted between August 22, 2011, and October 5, 2011. Within this period, special ballot voters only definitively knew the official candidates in each district between October 1 and October 5, 2011.

[43] Special ballots may be completed by writing in the name of an intended candidate, the name of a political party, or both (section 86.4(1)). The *Act* does not expressly permit a voter to write in “unaffiliated”, but the evidence provided by the Chief Electoral Officer was that, where there was only one unaffiliated candidate in the district, the voter’s intention could be determined and the ballot could be counted. Subsection 86.6(8) lists a number of situations in which a ballot will be

rejected; in addition, if the declaration envelope itself is not properly completed, it will be rejected by the Chief Electoral Officer.

[44] While election officials do not generally provide or publish names of candidates until the official nomination day, election officials are not prohibited from speaking to special ballot voters about who was nominated as a candidate for a party's purposes. The evidence of the returning officer for Burin-Placentia West was that she and her staff would, if asked, tell voters who had been nominated by a party.

[45] Once a candidate is so selected for their party's purposes, or once a person decides to seek nomination as an unaffiliated candidate, they may take opportunities to meet with or communicate their views to potential voters.

[46] Notably, for a portion of the special ballot voting period (i.e. before the proclamation by the Lieutenant Governor pursuant to section 3 of the *House of Assembly Act*), candidates may be members of the House of Assembly. The evidence established that in the relevant period during the 2011 election, some incumbents were in their districts attending functions and incurring expenses that were reimbursed on their constituency allowances. While there was no suggestion that these attendances or expenses were inappropriate, the evidence supports the conclusion that these incumbents had a presence in their districts at a time when special ballot voting was possible and the House of Assembly remained in session.

[47] With respect to advertising, by virtue of section 3.3 of the MHA Advertising Policy, advertising paid out of public funds is not permitted during the election writ period but there are no constraints in the pre-writ period for the incumbent. A person wishing to become a candidate can advertise in the pre-writ period but must do so at their expense from funds that would ultimately only be reimbursed under the electoral allowance and not an additional constituency allowance. Further to this, section 226.1 provides for a print and broadcast advertising blackout period following the issuance of the writ up until the 21st day immediately preceding the day before the polling day. The blackout period does not apply to the pre-writ period, however, during which special ballot voting may be occurring.

[48] By virtue of section 295, candidates officially associated with registered political parties have the potential benefit of having the party raise funds in the district independent of the candidate who is prohibited from fundraising until officially nominated under the *Act*.

[49] Pursuant to section 74(4)(a), the Chief Electoral Officer provides each registered party with a list of electors on April 1st of every year. Counsel for the Attorney General acknowledges that there is a “glitch” in section 74(4)(b) insofar as it requires the Chief Electoral Officer to provide the list to a person nominated as a candidate for a registered party’s purposes once they file their nomination papers but does not permit the release of the list to an unaffiliated candidate until that candidate’s official nomination under the *Act*. The result is that the voter’s list is accessible to a party nominated candidate well in advance of when it is available to an officially nominated candidate who is unaffiliated.

LEGISLATIVE HISTORY OF THE SPECIAL BALLOT PROVISIONS

[50] In their Agreed Statement of Facts, the parties provided a useful summary of the history of the proxy voting/special ballot provisions in this Province. I summarize that history in this section.

[51] The *Elections Act, 1991*, received Royal Assent on June 11, 1992. At the time of coming into force, section 86(1) of the *Act* addressed a non-traditional form of voting referred to as proxy voting. This section provided that where an elector otherwise qualified would be unable to vote because of certain specified reasons, he or she could apply to authorize another person who is a qualified elector in the same electoral district and polling division to vote on his or her behalf in a specialized election in that electoral district.

[52] Counsel agree that the proxy voting provisions were introduced in response to the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Hoogbruin v. British Columbia (Attorney General)*, [1986] 2 W.W.R. 700, 24 D.L.R. (4th) 718 (B.C.C.A.). In that case, the court declared that “the right to vote as guaranteed by

s. 3 of the *Charter* is denied to... registered voters where the sole reason they are unable to exercise their right to vote is that no procedural mechanism exists which would reasonably enable them to do so" (paragraph 17). The proxy voting provisions were designed to provide this procedural mechanism.

[53] Special ballot voting, which was designed to improve on the proxy system, was introduced by a 1995 amendment to the *Act* which repealed section 86(1) and replaced it with the special ballot scheme. Sections 86 to 86.10 of the *Act*, at that time included the following relevant features:

- (i) An elector who is qualified to vote at an election and who has reason to believe that he or she will have difficulty voting at an advance poll or at the poll on polling day may apply to vote by special ballot (section 86(1));
- (ii) A person detained in a penitentiary or jail or the Waterford Hospital may vote only by special ballot (section 86(2));
- (iii) Application to vote by special ballot may be made to the CEO containing information the CEO may require, including name, address, proof of identity (sections 86(3) to (5));
- (iv) The CEO shall appoint a Special Ballot Administrator ("SBA") who shall ensure the applicant's name is on the list of electors for the polling division in which he or she would otherwise vote and issue special ballot kits for applications that are in order, cross out the name of the applicant as it appears on the elector's list noting in the margin "special ballot issued" (sections 86.1, 86.3);
- (v) On receipt of the special ballot kit, the elector shall mark the ballot by printing with a pen or pencil in the space provided, the name of the candidate, or the name of the candidate and the name of the political

party of the candidate, or the name of the political party of his or her choice (section 86(4)(1));

- (vi) After marking the ballot, the elector shall place the marked ballot in the ballot envelope, seal the ballot envelope, place the sealed ballot envelope in the declaration envelope, complete and sign the declaration, place the sealed declaration envelope in the return envelope and seal the return envelope and forward the sealed envelope to the Office of the CEO so that it reaches the office not later than 4 p.m. on a day prior to polling to be determined by the CEO (sections 86.4(2), 86.4(3));
- (vii) Leaders of registered political parties having membership in the House of Assembly at the time the writ is issued shall each designate a representative, to act as scrutineer, who may be present during the verification of the declaration envelopes and during each stage of the procedure for counting of special ballots (section 86.5(1));
- (viii) Where a return envelope is received in the Office of the CEO it shall be opened by the SBA or his or her designate and the declaration envelope shall be removed from the return envelope and deposited in a sealed ballot box for the respective electoral district (section 86.6(1));
- (ix) At 4 p.m. on the third day before polling day the declaration envelopes shall be removed from the ballot box by the SBA or special ballot officer (“SBO”) in the presence of the scrutineers appointed under section 86.5 or 2 other witnesses (section 86.6(2));
- (x) The SBA or SBO shall examine the declaration envelope and determine whether the name on the declaration envelope is the same as that crossed out on the list of electors under section 86.2 and that

the declaration envelope has been completed and properly signed (section 86(3));

- (xi) Where the SBA or SBO confirms that the declaration envelope has been properly completed and signed he or she shall open the declaration envelope and remove the sealed ballot, envelope and place it in a sealed ballot box for the appropriate electoral district marked “Special Ballot” (section 86(4));
- (xii) Where the SBA or SBO determines the declaration has not been completed or signed he or she shall write “rejected” on the envelope and the reason for its rejection and set aside the envelope unopened (section 86(5));
- (xiii) At 9 a.m. on the second day prior to polling day the SBA or SBO in the presence of the scrutineers appointed under section 86.5 or 2 other witnesses shall open the ballot boxes, open the sealed ballot envelopes and proceed to count the votes. Counting votes shall continue without interruption until completed (sections 86(6), 86(7));
- (xiv) A ballot that is not marked in favour of a candidate, or a political party, or a candidate and a political party, is marked in favour of more than one candidate or more than one political party, is marked in favour of a candidate and a political party which are not affiliated with each other, or is marked in a way that identifies the elector shall be rejected. A ballot shall not be rejected for the sole reason that the elector has incorrectly written the name of a candidate or political party, if the ballot clearly indicates the elector’s intent (section 86(8));
- (xv) After the close of polls on polling day, the CEO or the SBA shall communicate the results of the voting to the appropriate returning officers who shall include them in the vote totals of the candidates for whom they were case (section 86.7).

[54] The special ballot legislation was subsequently amended in 2007 with support by all political parties. The amendments to the special ballot provisions enacted in 2007 included the following features:

- (i) An application to vote by special ballot may be made to the office of the CEO beginning not more than 4 weeks before the issue of the writ of election and ending at 6 p.m. on a day to be determined by the CEO (section 86(4));
- (ii) A special ballot kit shall be distributed to an elector by an election official only (not a Party campaigner or representative) and returned to the CEO by the elector or an election official only. Where a voter requires assistance in the completion of his or her special ballot, that assistance shall be provided by an election official only (section 86.4(4) to (5));
- (iii) At 6 p.m. on a day before polling day to be determined by the CEO, the declaration envelopes shall be removed from the ballot box by the SBA or SBO in the presence of the scrutineers designated under section 86.5 or 2 other witnesses (section 86.6(2));
- (iv) At 6 p.m. on a day before polling day to be determined by the CEO, the SBA or SBO in the presence of the scrutineers designated under section 86.5 or 2 other witnesses shall open the ballot boxes, open the sealed ballot envelopes and proceed to count the votes.

[55] The process for amendments to legislation in this Province was explained during the discovery of Lorraine Michael. While a Bill receives three readings, the first actual debate occurs on second reading where members are restricted to twenty minutes each. Unlike other jurisdictions that have active all-Party committees to study Bills, this practice was not followed in this Province for Bill 21 (page 13).

[56] After second reading held at 1:30 p.m. on June 4, 2007, Bill 21, an *Act* to amend the *Elections Act 1991*, was immediately referred to a Committee of the whole House. There was a very brief hearing after 7 p.m. on the same day (consuming only 12 pages of Hansard Vol. XLV No. 23). Aside from this, there was no study or analysis of the effect of the special ballot provisions of the Bill.

[57] A careful review of Hansard Vol XLV No. 23 confirms that the expressed intention of the special ballot provisions was to enable individuals who would be unavailable to vote on either election day or at special ballots, to participate in the democratic right to vote. It is clear from the addresses given by the Government House Leader (Rideout) and the Opposition House Leader (Parsons) that both parties were aware that the amendments would permit special ballot kits to be accessed before the writ was dropped (see pages 2, 8 and 9). It is not entirely clear from the transcript however whether members were aware that special ballot votes could be *cast* before the writ was dropped.

[58] Hansard reflects that NDP member Lorraine Michael expressed concern that the Bill appeared simple but that there was detail involved that needed to be discussed in Committee (page 21). She questioned what other provinces, the federal government and other countries were considering and suggested an all-Party committee to review the *Elections Act* as a whole; however, no answers were given on Second Reading or in the Committee as a whole that followed.

[59] The debate in the House of Assembly centered on issues such as whether District Returning Officers (DROs) would have authority to give out special ballot kits, how the special ballot provisions would affect by-elections that had no fixed date, polling booth size and financial matters. Amendments related to these issues were addressed by the Government House Leader (pages 49-50) during a brief recess, and the Bill passed. Hansard does not reflect whether it was unanimous.

[60] The evidence supports the conclusion that issues considered by the legislature prior to enacting the current special ballot provisions included the following:

- (i) Complaints were received from prior elections regarding transient workforces, students, prisoners and others facing barriers to voting, creating an issue across all political parties;
- (ii) People working outside the Province needed ample time to submit a special ballot application, receive the kit and send out the completed ballot;
- (iii) Voting by party allows voting prior to candidates' official nominations;
- (iv) Special ballots should not be handled by candidates or party members but only handled by election officials;
- (v) Whether special ballot voting should apply to both general elections and by-elections; and
- (vi) The implications of changing the length of campaign time on fundraising.

[61] However, on careful review of the evidence placed before me (including Hansard records and the 2013 discovery of NDP member Lorraine Michael), I am satisfied that the effect on voters' rights of casting special ballots before the writ was dropped and/or before candidates were officially nominated, was not considered before the enactment of the special ballot provisions of Bill 21. Specifically, there is no evidence that the House considered:

- (a) the implications of having special ballot votes cast while the House was still in session and thereby allegedly creating an advantage to incumbents;
- (b) the implications of having incumbents in their districts attending functions and/or incurring expenses reimbursed on their constituency allowances in this period also potentially creating an advantage to incumbents;

- (c) how special ballot voters would determine who the candidates were, pre-writ; and
- (d) the implications to unaffiliated candidates and the voter of the practical inability to fundraise and publicize and, in the post-writ blackout period, the potential advantage to political parties which could continue to advertise on administrative issues.

[62] Ms. Michael admitted on her discovery that her concerns in this regard arose after the passage of the Bill and were based on her experience and subsequently obtained knowledge of special ballot voting in other jurisdictions.

[63] Each of Canada and the other nine provinces enacted provisions in response to the procedural shortcomings addressed in *Hoogbruin*. At Schedule ‘B’ I reproduce a table prepared by counsel for the Second Intervenor which allows for a helpful comparison of the special ballot provisions of the various jurisdictions in effect at the time of the hearing before me.

[64] As the table confirms, the ability to cast a special ballot vote, prior to the writ, is unique to Newfoundland and Labrador.

ANALYSIS

[65] As noted by Sharpe and Roach, the *Charter* confirms that “[l]egislators cannot enact laws without consideration of their impact on individual rights”. The *Charter* thereby strengthens “the Canadian democratic tradition and commitment to toleration and equal respect for all”. (See Robert J. Sharpe and Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, 6th ed. (Toronto: Irwin Law Inc., 2017) at 46.)

[66] While the *Charter* enshrines these individual rights, the courts play a central role in their interpretation and enforcement. Where a person comes before the Court alleging a breach of a *Charter* right, the judge will, as a first step, “interpret the meaning of the right or freedom at issue to determine whether the matter complained of constitutes an infringement” (Sharpe and Roach at 52-52). Sharpe and Roach, at 52-53, note that, “a claimant can demonstrate that a right has been infringed either by looking at the Government’s purpose or at the effects of the Government’s actions”. If an infringement is found, the court must determine if it constitutes a reasonable limit on the *Charter* right (the section 1 analysis is the second step).

[67] Having set out the background, procedural history, salient legislation and key observations, I turn now to the analysis of whether the special ballot provisions, as currently set out, infringe section 3 or section 2(b) of the *Charter* and, if so, whether they are saved by section 1.

[68] The onus is on the party asserting a *Charter* infringement in step 1 and the onus shifts to the party attempting to justify the infringement in step 2.

Section 3 of the *Charter*

(i) Principles, Purpose and Interpretation

[69] Sections 3 to 5 of the *Charter* address rights that are broadly described as “democratic” and section 3 specifically addresses the right to vote. In its interpretation of section 3 rights, the Supreme Court of Canada has been “influenced by contextual factors such as Canadian history and geography” (Sharpe and Roach, at page 57).

[70] It is well established law that section 3 of the *Charter* guarantees much more than “the bare right to place a ballot in a box” (*Dixon v. British Columbia (Attorney General)*, [1989] 4 W.W.R. 393, 35 B.C.L.R. (2d) 273 (S.C.). The reach of section 3 *Charter* rights has expanded over the years as courts have consistently

recognized the fundamental role this provision plays in our democracy and the numerous facets that the right to vote must encompass to ensure proper democratic operation.

[71] Indeed, section 3 *Charter* rights are considered to be of such great importance that they are not subject to legislative override in section 33 of the *Charter*. Justice McLachlin in *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, said the following at paragraph 11, about how the courts are to interpret section 3:

... A broad and purposive interpretation of the right is particularly critical in the case of the right to vote. The framers of the *Charter* signaled the special importance of this right not only by its broad, untrammeled language, but by exempting it from legislative override under s. 33's notwithstanding clause ...

[72] What then is the purpose of section 3? This question was addressed by the Supreme Court of Canada in *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, at paragraphs 68 to 71 and 74:

68 The purpose of s. 3 was first considered in *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158. McLachlin J. (as she then was), in concluding that s. 3 does not require absolute equality of voting power, held that the purpose of s. 3 is effective representation. She explained, at p. 183:

It is my conclusion that the purpose of the right to vote enshrined in s. 3 of the *Charter* is not equality of voting power *per se*, but the right to “effective representation”. Ours is a representative democracy. Each citizen is entitled to be represented in government. Representation comprehends the idea of having a voice in the deliberations of government as well as the idea of the right to bring one’s grievances and concerns to the attention of one’s government representative. . . . [Emphasis in original.]

The Court has confirmed that effective representation is the purpose of s. 3 on several occasions; see *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Thomson Newspapers, supra*; and *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, 2003 SCC 37 (CanLII).

69 The right to effective representation is, however, more than just a right to be effectively represented in Parliament. As L'Heureux-Dubé J. concluded in *Haig, supra*, at p. 1031, the right to vote also includes the “right to play a meaningful role in the selection of elected representatives who, in turn, will be responsible for making decisions embodied in legislation for which they will be accountable to their electorate” (emphasis added). The Court expounded on this broader conception of the purpose of s. 3 in *Figueroa*.

70 The right to play a meaningful role in the electoral process under s. 3 of the *Charter* implicates a right of meaningful participation in that process. Meaningful participation is not limited to the selection of elected representatives. As Iacobucci J. explained in *Figueroa*, at para. 29:

It thus follows that participation in the electoral process has an intrinsic value independent of its impact upon the actual outcome of elections. To be certain, the electoral process is the means by which elected representatives are selected and governments formed, but it is also the primary means by which the average citizen participates in the open debate that animates the determination of social policy. The right to run for office provides each citizen with the opportunity to present certain ideas and opinions to the electorate as a viable policy option; the right to vote provides each citizen with the opportunity to express support for the ideas and opinions that a particular candidate endorses. In each instance, the democratic rights entrenched in s. 3 ensure that each citizen has an opportunity to express an opinion about the formation of social policy and the functioning of public institutions through participation in the electoral process. [Emphasis added.]

Greater participation in the political discourse leads to a wider expression of beliefs and opinions and results in an enriched political debate, thereby enhancing the quality of Canada’s democracy.

71 ... The right to meaningful participation includes a citizen’s right to exercise his or her vote in an informed manner. For a voter to be well informed, the citizen must be able to weigh the relative strengths and weaknesses of each candidate and political party. The citizen must also be able to consider opposing aspects of issues associated with certain candidates and political parties where they exist. In short, the voter has a right to be “reasonably informed of all the possible choices”: *Libman*, at para. 47.

...

74 The question, then, is whether the spending limits set out in s. 350 interfere with the right of each citizen to play a meaningful role in the electoral process. In my view, they do not. The trial judge found that the advertising expense limits allow third parties to engage in "modest, national, informational campaigns" as well as "reasonable electoral district informational campaigns" but would prevent third parties from engaging in an "effective persuasive campaign" (para. 78). He did not give sufficient attention to the potential number of third parties or their ability to act in concert. Meaningful participation in elections is not synonymous with the ability to mount a media campaign capable of determining the outcome. In fact, such an understanding of "meaningful participation" would leave little room in the political discourse for the individual citizen and would be inimical to the right to vote. Accordingly, there is no infringement of s. 3 in this case and no conflict between the right to vote and freedom of expression.

[73] The question to be answered, then, is whether the special ballot provisions of the *Act*, interfere with the right of "each citizen to play a meaningful role in the electoral process" (*Harper*, paragraph 74) and, the related right to be "well-informed" when casting the vote (*Harper*, paragraph 71). If so, the provision will infringe section 3 of the *Charter*.

[74] I also note the comments of Iacobucci J., in *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, at paragraph 33, where he stated that, in determining whether impugned legislation is inconsistent with the express language in section 3, it is inappropriate to weigh a citizen's right to play a meaningful role in the electoral process against "countervailing collective interests". As he notes, "[t]hese interests fall to be considered under s. 1".

(ii) Position of the Applicant

[75] The Applicant acknowledges the legislature's response to *Hoogbruin* with the proxy voting provisions, which were later replaced with the special ballot provisions. The Applicant submits, however, that the special ballot provisions, as currently set out, are non-compliant with section 3 of the *Charter*, in "that citizens voting by special ballot risk casting their vote prior to finalization of the candidates and without each candidate having had an equal opportunity to impart information to the electorate".

[76] The Applicant submits firstly that the special ballot provisions breach section 3 of the *Charter* as they permit voting before all candidates are confirmed on nomination day. This, the Applicant submits, limits a citizen's right to be reasonably informed of all available choices. While the Respondents and the Second Intervenor counter that a special ballot voter may delay voting until they have sufficient information to vote, the Applicant notes that the short period in which voters may submit their special ballot following nomination day (in this case from October 1 to October 5) means that it may not be possible for the special ballot voter to wait. Indeed part of the impetus for the provisions, the Applicant submits, was to permit sufficient time for voters to mail in their ballots once completed. Because of this, the special ballot voting provisions, intended to enfranchise citizens otherwise unable to vote, do no more than create the bare right to put a ballot in a box.

[77] Secondly, the Applicant submits that a special ballot cast before all candidates are confirmed "ultimately means less than a ballot cast at a regular poll" as a special ballot voter must essentially guess who the officially nominated candidates will ultimately be. While the Applicant acknowledges that the special ballot voting provisions permit voters to write in the candidate's name, the candidate's party's name, or both the candidate and their party's name, the Applicant submits that this scheme can result in inconsistencies when counting the votes (as an example, the Applicant notes that a ballot marked "PC" for the Progressive Conservatives could be rejected if an unaffiliated candidate named Paul Clarke was ultimately nominated). This potential situation, it is submitted, could result in a misinterpretation of the voter's intention.

[78] Thirdly, the Applicant suggests that this manner of voting also creates an unfair disadvantage for unaffiliated candidates. Whereas a voter may write in the name of a registered party, a voter writing in "unaffiliated" risks that the ballot will be rejected. This, it is argued, provides an advantage to affiliated candidates who do not face such a concern. This is a real risk, the Applicant suggests, as special ballot voting may occur so far in advance of nomination day.

[79] Fourthly, the Applicant views the restrictions placed on fundraising in the pre-nomination period (see, for example, sections 282 and 295 of the *Act*) as a

concern. Counsel suggests that these limitations, in place while special ballot votes may be cast, restrict the meaningful participation of citizens who intend to ultimately seek nomination as an unaffiliated candidate and who are unable to personally finance their campaign. While registered parties may raise funds outside of elections and subsequently transfer these funds to candidates once officially nominated, this is not possible for unaffiliated candidates. Further to this, while registered parties and candidates nominated for a registered party's purposes may obtain a copy of the elector list before their candidate is officially nominated under the *Act* (see section 74(4)(a) and (b)) – which the registered party may make use of for fundraising and communication purposes – unaffiliated candidates are not permitted to obtain the list until officially nominated. This, the Applicant submits, means that rights of unaffiliated candidates to meaningful participation are significantly restricted during a significant portion of the special ballot voting period.

[80] Fifthly, the Applicant submits that unaffiliated candidates are further disadvantaged in that they cannot advertise regarding things such as the location of their campaign headquarters, or administrative functions in the print and broadcast advertising blackout period prescribed in section 226.1 (which may last up to 11 days). By contrast, registered parties *may* so advertise during the blackout period (226.1(2)). This is particularly problematic, it is submitted, as special ballots may be cast during this period. This infringes both the right of voters to be reasonably informed of all of their choices, and infringes the unaffiliated candidate's right to meaningful participation in the election process.

[81] Counsel for the Applicant submits that the established advantages provided by incumbency, in place during a period in which special ballot voting may be taking place, creates an unfair disadvantage for citizens challenging the incumbent and restricts their right to meaningful participation in an election. The Applicant further submits that this is a state of affairs unique to this province; nowhere else in the world with a Westminster system of parliamentary government do members of the legislature sit during the casting of votes. The mischief thereby created, counsel submits, is that incumbents may be making decisions on major legislation while special ballot voting is ongoing and may sway the choice of a special ballot voter. Since the House is still in session, within this period MHAs have travel and meal allowances which they can use to travel in their constituency and dine with constituents. MHAs also have an advertising budget which they may make use of

during the portion of the special ballot voting period before the issuance of the writ of election. Counsel argues that these advantages could also sway the choice of a special ballot voter.

[82] In response to the Respondents' and the Second Intervenor's contention that potential candidates know the date of the coming fixed election and can conduct themselves accordingly, the Applicant submits that because section 3(1) of the *House of Assembly Act* permits the Lieutenant-Governor to prorogue or dissolve the House of Assembly when he sees fit, there is no guarantee of a fixed election date and potential candidates (particularly unaffiliated candidates) may be taken by surprise.

(iii) Position of the First Intervenor (CCLA)

[83] The CCLA similarly submits that the special ballot provisions infringe section 3 of the *Charter* in that they contravene the right to an informed vote and the right to meaningful participation in an election.

[84] Like the Applicant, the CCLA accepts that the original proxy voting mechanism was introduced by necessity, following the reasoning in *Hoogbruin* and admits that, properly implemented, the special ballot voting provisions would enhance citizens' section 3 rights.

[85] The position of the CCLA on the right to an informed vote was clearly and succinctly outlined in its trial brief. I reproduce a portion of that brief here, to show their position on the section 3 issue:

... there are forty eight [special ballot] voting days in which the complete list of nominated candidates cannot be known, and only ten [special ballot] voting days in which it can be. For a period of thirty eight days, those electors who are casting ballots are doing so based solely on their assumptions of who a candidate might be, and for a period of forty eight days those electors can similarly only assume

who all of the candidates will be. Neither of these scenarios is consistent with the principle of the right to an informed vote. This may also explain the disproportionate number of spoiled ballots recorded through the special ballot process as compared to other forms of voting in the provincial elections of 2007 and 2011.

It may be argued that this problem of voting by way of assumption and uncertainty is addressed, in part, by allowing electors the opportunity to write in the name of the party instead of the nominated candidate. However, this opportunity creates another level of problems and s. 3 infringements. Firstly, it grants candidates who have party affiliation a means of receiving votes that is not available to non-affiliated candidates. This creates a disadvantage for non-affiliated candidates, and is a clear violation of the principles set out in *Figueredo...*

Secondly, it assumes a transferability of voter intention along party lines. At the time a voter chooses to elect a candidate for one party, it may be that the presumed candidate at that time turns out to be someone different than the individual who is eventually nominated. This not only exacerbates the disadvantage to non-affiliated candidates who cannot “bank” such transferable votes, but it also raised the question of whether in such a scenario the voter’s intention is clear.

[86] With respect to their argument regarding the restrictions placed on the right of meaningful participation, the CCLA submitted:

...Most provisions [of the Elections Act, 1991] of benefit to candidates [in ensuring their meaningful participation in the election] are only in effect once they are duly nominated. These include: the ability to solicit, collect or accept contributions, to issue receipts, to authorize expenses, to receive the list of electors, and permission to use it.

All of these aspects facilitate the meaningful participation of candidates, yet none are in place for the majority of the voting period, which now extends four weeks ahead of the writ period and up to forty eight days before the close of nominations. These aspects of an election regime also facilitate the meaningful participation of all voters in a reciprocal fashion, as they facilitate their

participation in terms of donating, being issued tax receipts, being communicated with and being known as eligible voters to the candidates and parties who may seek their support...

Nothing in the impugned provisions prevents a decisive number of ballots from being cast before others even [have] the legal right to be nominated...

[87] At the hearing, the CCLA also noted that the advertising policy for members of the House of Assembly restricts advertisement out of public funds only during the writ period. The policy, it is submitted, places incumbents at an advantage by permitting the publically funded advertising budget to be used during a period of time in which votes may be cast.

(iv) Position of the First and Second Respondents

[88] The First and Second Respondents did not participate on the hearing of the application.

(v) Position of the Third, Fourth and Fifth Respondents

[89] The Third, Fourth and Fifth Respondents (hereafter “the Respondents”) submit that the special ballot provisions required pursuant to *Hoogbruin*, do not infringe section 3 of the *Charter*. Counsel asserts that the special ballot provisions merely provide an option to voters who would have difficulty voting by advanced polls or on polling day. This option, the Respondents argue, enhances a citizen’s section 3 rights.

[90] The Respondents submit that persons applying to vote by special ballot, although entitled to receive their ballot up to four weeks before the issuance of the writ of election, may choose not to cast their ballot until they have enough information to cast their vote (which may be after the nomination day). The voters

are not compelled to vote before they feel they are sufficiently informed regarding the available choices presented in the election.

[91] With respect to citizens who choose to be candidates in the election, the Respondents argue that no candidate is prevented from putting forward their position to voters prior to the issuance of the special ballots. The Respondents note that candidates should be aware of the upcoming date of the election, by virtue of section 3(2) of the *House of Assembly Act*, which sets fixed dates for elections. As a result, candidates may choose to campaign before the distribution of special ballots.

[92] The Respondents further note that Part III of the *Act*, entitled “Election Finances” treats all candidates, including incumbents and challengers, equally and does not breach section 3.

[93] In response to the argument that sitting members of the House of Assembly have publicly funded, but politically appointed, staff at their disposal prior to the election, creating an unfair advantage, the Respondents note that the government policy is clear that those staff members may not participate in political activities during office hours.

(vi) Position of the Second Intervenor

[94] The Second Intervenor submits that the special ballot provisions do not infringe section 3 rights. In fact, the Second Intervenor submits, section 3 mandates the inclusion of a special ballot procedure to enable those who would not be able to vote otherwise the opportunity to play a meaningful role in the election process and thus, the procedure provided thereby enhances, rather than infringes, voting rights.

[95] Like the Respondents, the Second Intervenor submits that the special ballot provisions enhance citizens’ section 3 rights by highlighting the choices provided

to voters through those provisions: the voter may choose to apply to vote by special ballot; the special ballot voter may choose when they are sufficiently informed to vote; the special ballot voter may decide to vote for a candidate or vote for a party, etc. The power to make these decisions, the Second Intervenor submits, empowers voters to exercise their section 3 rights as they best determine. This, the Second Intervenor argues, allows the voter to determine how best to meaningfully participate.

[96] The Second Intervenor further submits that requiring that special ballot voting be postponed until after all candidates have been nominated would actually disenfranchise absentee voters who may not then have sufficient time to return their ballots following the nomination day.

[97] With respect to candidates, the Second Intervenor notes that, while special ballot voting may occur before the issuance of the writ of election, that step in the election process is now merely an administrative mechanism to officially call an election, which is to occur on a fixed date. Knowing this, potential candidates “must adapt to the election rules”. For example, candidates must choose when to begin engaging in campaign activities. Because of this, the Second Intervenor submits, the special ballot provisions do not infringe the right to be qualified to run as a candidate in an election.

[98] The Second Intervenor further submits that, so long as election legislation does not interfere with Charter rights, the Legislature is entitled to deference in the manner in which it has chosen to satisfy the requirements of section 3.

(vii) Conclusion on Section 3 Analysis

[99] At the outset, I note that I must reject the Respondents’ and Second Intervenor’s contention that the special ballot provisions cannot infringe section 3 as they enfranchise a person who would otherwise be unable to vote at advance or regular polls. Undeniably, the special ballot provisions improve a person’s ability to place a ballot in a box. But section 3 protects much more than that. It

guarantees the right to meaningfully participate in the electoral process, both as voter and candidate.

[100] In rejecting this argument, it is important to note that there may be two types of section 3 infringements. Sharpe and Roach distinguish between cases such as *Sauvé*, which involve a direct restriction on the right to vote representing an obvious infringement of section 3 rights, and those involving “indirect” infringements (at 224). In those cases involving direct and purposeful infringements of section 3, the focus of the court’s review is on the section 1 analysis, or the justification for the infringement. Where an indirect infringement is alleged, however, the Court may be asked to scrutinize the effect of things such as, “[t]he drawing of electoral boundaries, limitations on third party advertising, and restrictions on the availability of funding and other privileges to political parties” to determine “the constitutionality of the electoral process” (Sharpe and Roach at 224). In such cases, like *Figueroa* and *Harper*, the first step in the analysis may be more complex.

[101] This case involves such an alleged indirect infringement. Recognizing this, all counsel correctly identified the relevance of the Supreme Court of Canada’s *Figueroa* and *Harper* decisions. Because of the importance of the principles enunciated in those cases, I summarize them here.

[102] In *Figueroa*, the leader of the Communist Party of Canada challenged a restriction that withheld benefits available to political parties (i.e. the right to issue tax receipts for donations) to parties who failed to nominate 50 candidates for an election. The Supreme Court of Canada rejected the Government’s argument in favour of justification of the 50 candidate threshold (that it favoured national parties capable of fielding enough candidates to form a majority in parliament) and declared the Government’s 50 candidate threshold unconstitutional. For the majority, Iacobucci, J. concluded that section 3 guaranteed each citizen the right to play a “meaningful role” in the electoral process and characterized section 3 rights as participatory in nature. He held that the right to vote is infringed if a voter’s range of options is limited by making it more difficult for small parties to field candidates and to make their candidates’ party affiliation known on election day.

[103] *Harper* was a third party advertising case. In that case the majority held that restrictions on third party spending during election time engaged the “informational component” of the right to meaningfully participate in the electoral process. This aspect of the right to vote gives each voter the right to be “reasonably informed of all the possible choices” before him. However, since the spending limits allowed third parties to undertake modest national campaigns, no violation of section 3 was found.

[104] Against this background, I turn my attention now to the effect of the special ballot provisions in this case.

[105] I find that the legislative scheme created by the special ballot provisions interferes with the right of special ballot voters to play a meaningful role in the electoral process and their related rights to be well informed of all of their choices when casting their vote. I also find that the impugned sections inappropriately interfere with the right of some candidates to meaningful participation in the election process. In coming to these conclusions, I note the following three points.

[106] First, special ballot voters may, because of the time limited for submitting their ballot, be required to vote before the full slate of official candidates is known; in the case of the 2011 election, the time in which a person could cast their ballot with full knowledge was limited to five days. Despite the submissions of the Respondents and the Second Intervenor that special ballot voters may wait until they have all of the information they believe they need, waiting until nomination day may be impossible or impractical for the special ballot voter, unable to cast a vote within five days. I agree with the Applicant that a special ballot voter may be forced to guess who the official candidates are. As noted by counsel for the Applicant, “guesswork is a poor foundation for democracy”.

[107] In the pre-writ period, during which special ballot voters are permitted to cast their vote – and, depending on their circumstances, may *have* to cast their vote – how can special ballot voters determine who potential candidates might be? At that time, they might contact Elections NL for information regarding who has been nominated by an official party. Elections NL may or may not provide the names of

party nominated candidates of which they are aware. Of course, it may be difficult to provide information regarding unaffiliated candidates, as they are not “nominated” for a party’s purposes and they may simply not be on the Elections NL radar as no nomination forms would yet have been submitted. Voters may also see advertisements on television or hear them on the radio, as such forms of advertisement are permissible in the pre-writ period. But, these advertisements are expensive and, absent an ability to fundraise in the pre-nomination period, might be practically unavailable to the unaffiliated candidate of average means. Candidates might also engage in a mailing campaign. But, absent a voter list, unaffiliated candidates would be at a significant disadvantage here, as well. The result is that the voter may not be reasonably informed regarding all of their choices.

[108] In the post-writ blackout period, which may last up to eleven days, how do special ballot voters determine who the candidates might be? In this period, persons might still contact Elections NL and may be provided with the names of persons who have submitted nomination papers, although this may still not be the full slate of candidates. During the blackout period prescribed by section 226.1, mail campaigns and billboards are still permitted. Again, such forms of communication may be costly and, given the limitations on access to the voter list and fundraising still applicable prior to nomination day, may be practically unavailable to unaffiliated candidates. Again, this means that the voter may not be reasonably informed of all of their choices.

[109] The result is that special ballot voters’ rights to play a meaningful role in the electoral process and to be reasonably informed of all choices, is clearly infringed (*Harper* at paragraphs 74 and 71).

[110] Second, I agree with the First Intervenor that the provisions also result in different impacts on the right of persons affiliated with a registered party and those running unaffiliated to be qualified for membership in the House of Assembly. This was noted by Hall J. in his decision on the issue of whether Ms. Mitchell had standing (*Mitchell v. Jackman*, 2012 NLTD(G) 181). At paragraphs 57 to 58 he stated:

57 Section 86.4(1) of the Elections Act dealing with what a voter who has received a Special Ballot kit is required to do in order to cast an effective Special Ballot states:

86.4(1) On receipt of the special ballot kit, the elector shall mark the ballot by printing with a pen or pencil of any colour, in the space provided, the name of the candidate, or the name of the candidate and the name of the political party of the candidate, or the name of the political party of his or her choice.

58 Voting in such a manner can take place as early as four weeks prior to the dropping of the Writ of Election. At that time, there may not be persons who have put their name forward as a candidate in the election but who are unaffiliated with a political party. Therefore, at least four weeks prior, to the dropping of the Writ of Election or even longer in the case of an unaffiliated candidate nominated late in the election process, there is no way such a candidate can benefit fully from votes cast under the Special Ballot Provisions. Sections 70, 71 and 72 of the Elections Act deal with “a registered party” and the use of a candidate’s affiliation with such a party and the appearance of the affiliation on the election ballot. A candidate has a right to have the ballot omit any political affiliation or a reference to the candidate being “non-affiliated”. This is perfectly fine where the nomination of an individual has taken place, either under the sponsorship of a registered party or otherwise. However, with respect to the Special Ballot Provisions, other than knowing the name of the candidate, there is no way for a non-affiliated candidate who is not as yet nominated at the time the Special Ballot voting takes place can receive any votes. Obviously, if there was more than one non-affiliated candidate running in an election, there would be no way for the elector to, in effect, cast a vote which is based upon the idea “I’m not voting for any of the registered parties. I’m voting for the non-affiliated candidate” when there may be more than one non-affiliated candidate.

[111] To this I would add that, in the 2011 election, special ballots could be cast as early as August 22 but no broadcast or print advertising was permitted until September 19. Political parties, however, were not prohibited from some forms of broadcast and print advertising in this period. I therefore accept that an unaffiliated candidate’s inability to advertise in the blackout period under section 226.1, could sway a special ballot voter.

[112] The effect of this is a significant interference with the right of a citizen who is unaffiliated with a registered political party to participate meaningfully in an election.

[113] Third, I also agree with the Applicant and First Intervenor that the advantages provided by incumbency, which are in place during a period in which special ballot voting may be taking place, create an unfair disadvantage for citizens challenging the incumbent and restrict the right to meaningful participation in an election.

[114] In the 2011 election the House remained in session between August 22 and September 19 when special ballots could be cast. In the same period, incumbents may be active in their districts. It would be naïve to assume that a special ballot voter would not be affected by what he/she hears or sees in this respect, in the relevant period.

[115] The availability of public funds for travel and meal allowances which they can use to travel in their constituency and dine with constituents and the availability of an advertising budget which they may make use of during the portion of the special ballot voting period before the issuance of the writ of election, also creates an unlevel playing field. As Ms. Michael confirmed on her discovery, part of the human reality is that being in touch with constituents through direct contact, creates votes (pages 39 and 43).

[116] The result of the foregoing is that the right to meaningful participation of special ballot voters and candidates who are unaffiliated or challenging an incumbent, is adversely affected. The special ballot provisions therefore infringe section 3 of the *Charter*.

Section 2(b) of the *Charter*

[117] Section 2 rights are fundamental freedoms such as religion, assembly and expression; and political decision-making is a core value that free expression promotes (Sharpe and Roach, at page 167) relying upon *Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. v. R.W.D.S.U., Local 558*, 2002 SCC 8, 208, at page 399; the act of voting is protected as freedom of expression (*Haig v. R.*, [1993] 2 S.C.R. 995).

[118] Despite averting to a potential section 2(b) infringement in its notice to the Attorney General and in some of its replies to further and better particulars, the Applicant did not ultimately address the alleged section 2(b) infringement. The CCLA, however, submitted that, in conjunction with section 226.1, the special ballot provisions cannot be a reasonable and justifiable limit on political speech, the most important form of expression in a free and democratic society.

[119] Section 226.1 clearly restricts freedom of expression in that it places certain restrictions on political advertising for all candidates by limiting certain forms to a 21-day period post-writ. Counsel for the CCLA acknowledges that, taken in isolation, such a restriction promotes fairness. However, counsel argues that since section 59 allows for a writ period of 30 days, the special ballot provisions permit voting 28 days prior to the writ, and section 68 allows a person to be a candidate only after the writ, the effect, taken together is to ban a vital form of political communication when special ballots are being cast to the detriment of both the messenger and the recipient.

[120] The CCLA's argument is that this constitutes a *prima facie* infringement of section 2(b) of the *Charter*, separate and distinct from the rights encompassed in section 3, which I have already found to be infringed.

[121] The problem with the CCLA's argument on this point is that, in essence, it is challenging the constitutionality of s. 226.1 by saying that the provision has now become an unreasonable restriction on s. 2(b) rights because the special ballot

provisions permit voting in the blackout period. While there may be merit to that position, the constitutionality of section 226.1 is not at issue in this Application for the reasons outlined above and so I need not consider this issue further.

[122] I find, therefore, that the special ballot provisions do not infringe section 2(b) of the *Charter*.

Constitutional Convention

[123] A further argument submitted by the CCLA was that the special ballot provisions breach a constitutional convention. While the CCLA does not rely on this as a means to invalidate the special ballot provisions, it is submitted that the constitutional convention at issue in this case may be relevant in the assessment of their constitutionality under the *Charter*. For the reasons below, I agree.

[124] Sharpe and Roach define constitutional convention as:

An unwritten rule, rather than formal law, that is enforced through the political process rather than in the courts. The Canadian constitution consists of the written constitutional texts, judicial precedents, and constitutional conventions.

[125] Counsel suggests that constitutional convention prescribes that the Lieutenant-Governor retains the discretion to prevent legislative overreach through his powers of prorogation and dissolution and must also retain the authority and ultimate discretion to commence elections. The special ballot provisions are alleged to be in violation of this convention in that they permit voting prior to the dissolution of the House of Assembly and the proclamation of an election by the Lieutenant-Governor.

[126] As the Supreme Court of Canada stated in the *Reference re Questions Concerning Amendment of Constitution of Canada as Set out on O.C. 1020/80*, [1981] 1 S.C.R. 753, at pages 883 to 884, some constitutional conventions may be

more important than laws depending on the value they are meant to safeguard. I accept that the value at stake in this instance is a fundamental aspect of our Westminster Parliamentary System which holds the legislature in check when it comes to the rules which govern the election of members to it.

[127] Notwithstanding their significance, constitutional conventions are not enforced in the courts. Further to this, they may not be relied on to invalidate an express statutory provision (*O.E.C.T.A. v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 15 at para. 63). The Supreme Court of Canada stated in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at paragraph 28 that:

...conventions form part of the Constitution of this country in the broader political sense, i.e., the democratic principles underlying our political system and the elements which constitute the relationships between the various levels and organs of government, they are not enforceable in a court of law unless they are incorporated into legislation.

[128] Interestingly, in this case the constitutional convention relied upon has been incorporated into legislation at section 3 of the *House of Assembly Act*. Even where this occurs, however, the statutory provision is not thereby given the status of constitutional entrenchment in the legal sense (see *Osborne* at paragraph 31).

[129] While the CCLA is therefore correct that the constitutional convention at issue cannot be relied upon to invalidate the special ballot provisions, I agree that it may be relevant to the *Charter* analysis. In *Osborne*, at paragraph 31, the Court held that, in assessing whether a statutory provision was enacted to achieve a pressing and substantial objective under the section 1 analysis, the fact that the statutory provision was said to uphold a constitutional convention was determined to be relevant.

[130] I therefore accept that the constitutional convention raised by the First Intervenor may be relevant in the section 1 analysis.

Section 1 of the *Charter*

(i) Applicable Principles

[131] Having found that the special ballot provisions, as set out, infringe section 3 of the *Charter*, I must now go on to determine if they are saved under section 1. Section 1 of the *Charter* 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.

(ii) The Test from R. v. Oakes

[132] In determining whether the special ballot provisions are saved by section 1, I must apply the test set out by the Supreme Court of Canada in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; here, the onus is upon those supporting the infringement. The test was summarized at paragraphs 73 to 75 of that decision:

73 To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

74 Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart*

Ltd., supra, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. 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 this 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"

75 With respect to the third component, it is clear that the general effect of any measure impugned under s. 1 will be the infringement of a right or freedom guaranteed by the *Charter*; this is the reason why resort to s. 1 is necessary. The inquiry into effects must, however, go further. A wide range of rights and freedoms are guaranteed by the *Charter*, and an almost infinite number of factual situations may arise in respect of these. Some limits on rights and freedoms protected by the *Charter* will be more serious than others in terms of the nature of the right or freedom violated, the extent of the violation, and the degree to which the measures which impose the limit trench upon the integral principles of a free and democratic society. Even if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

[133] I am also mindful of the comments of the Supreme Court of Canada in *Figueroa*, at paragraph 60:

60 Before beginning this analysis, I note this Court's prior conclusion that limits on s. 3 require not deference, but careful examination: *Sauvé, supra*, at para. 9. As the Court observed in that case, s. 3 is one of the *Charter* rights that cannot be overridden by the invocation of s. 33 of the *Charter*. This highlights the extent to which s. 3 is fundamental to our system of democracy and indicates that great care must be exercised in determining whether or not the government has justified a violation of s. 3.

[134] The Respondents and the Attorney General, however, submit that deference is owed to the Legislature in crafting the election regime, citing *Harper* at paragraph 87:

87 Under the egalitarian model of elections, Parliament must balance the rights and privileges of the participants in the electoral process: candidates, political parties, third parties and voters. Advertising expense limits may restrict free expression to ensure that participants are able to meaningfully participate in the electoral process. For candidates, political parties and third parties, meaningful participation means the ability to inform voters of their position. For voters, meaningful participation means the ability to hear and weigh many points of view. The difficulties of striking this balance are evident. Given the right of Parliament to choose Canada's electoral model and the nuances inherent in implementing this model, the Court must approach the justification analysis with deference. The lower courts erred in failing to do so (Paperny J.A., at para. 135). In the end, the electoral system, which regulates many aspects of an election, including its duration and the control and reimbursement of expenses, reflects a political choice, the details of which are better left to Parliament.

[135] I admit that the directions provided by *Sauvé*, *Figueredo* and *Harper* between 2002 and 2004 seem difficult to reconcile. However, whether the justification analysis under section 1 is characterized as "careful examination" or "deference", I make three conclusions. A right that is exempt from the override provisions of section 33 of the *Charter* is very special. Further, the approach taken in *Figueredo* suggests that courts should be less deferential to a scheme that has the effect of excluding small or marginal parties or candidates because the object of the egalitarian model of elections is in promoting equality and fairness for all (Sharpe & Roach at page 179). Finally, even upon a deferential review, I conclude that the special ballot provisions more than minimally impair section 3 rights, as will be seen below.

[136] I turn now to the *Oakes* analysis.

(iii) Pressing and Substantial Objective

[137] All parties admit that the objective of the special ballot provisions (which attempt to ensure that persons not otherwise able to vote are provided with a means of exercising their section 3 rights) is pressing and substantial. I accept that this is indeed the case and is, in fact, constitutionally required.

(iv) Proportionality

(a) Is the limit rationally connected to the purpose?

[138] In assessing proportionality, I must first determine if the measures set out in the special ballot provisions (to achieve the pressing and substantial objective identified) are rationally connected to their objective.

[139] I agree with counsel for the CCLA that while the early *distribution* of special ballots may be rationally connected to the pressing and substantial objective identified, the early *casting* of the ballots, particularly before the election is even called, is not. Instead, the effect of these provisions is that they create an extended time period in which special ballot voters are prevented from being reasonably informed of all of their available choices and permit only a short window in which voters may actually know the full list of officially nominated candidates. The second effect is that they create an advantage to incumbents whose participation in the House of Assembly and in their districts may sway the special ballot vote.

[140] No evidence was presented to explain why special ballot voting in advance of the writ was necessary, or how it enhanced meaningful participation of the special ballot voter.

[141] I am unable to conclude that the provisions that permit the early casting of ballots, (particularly before the election is called) are rationally connected to the pressing and substantive objective identified above.

(b) Minimal Impairment

[142] Further, had I concluded that the rational connection element was met, it is clear in this case that the special ballot provisions fail on the minimal impairment test, in any event.

[143] I agree with the First Intervenor that since voting is a fundamental right, the impairment must be truly minimal. However, given the significant nature of the infringements I have found it creates with respect to section 3 rights to meaningful participation and an informed vote, the special ballot provisions however fall outside a range of reasonable alternatives.

[144] In coming to this conclusion, I note the table prepared by counsel for the Second Intervenor, attached as Schedule ‘B’ to this Judgment, which confirms that, although not the only jurisdiction which provides for special ballot voting before nomination day, this jurisdiction has the shortest period between nomination day and election day (10 days in comparison to a minimum of 16 and a maximum of 21 in other jurisdictions). The table also confirms that in other jurisdictions, there are between 7 and 24 days in advance of nomination day when special ballots can be cast, however, in no other jurisdiction can special ballots be cast before the writ of election.

[145] This last point is significant. In allowing votes to be cast prior to a writ of election being proclaimed, the legislature has enacted a provision without precedence in any other Canadian jurisdiction. The table at Schedule ‘B’ reflects how the ten other jurisdictions have achieved the objective identified without providing for the casting of votes before the writ of election. There are, therefore, alternative models of advancing this pressing and substantial objective that do not involve violating the constitutional convention referred to above.

(c) Do the Benefits Outweigh the Harm?

[146] Had I concluded that the rational connection and minimal impairment steps were met, I would move on to the final step of the *Oakes* proportionality test under section 1 of the *Charter*: whether the benefits conferred by the infringement that I have found, outweigh the harm that it may occasion.

[147] Despite my conclusions on the other steps, I will nevertheless address this. I find that the Respondents' argument must fail on this issue, as well.

[148] I accept that in simple terms the purpose of the special ballot provisions is to enable voters to vote who otherwise would either be unable to do so or would find it extremely difficult to do so. Against this benefit, I must weigh the infringements I have found, namely: that special ballot voters may not be sufficiently informed so as to meaningfully participate in the electoral process; and that candidates who are unaffiliated or running against an incumbent are impeded from meaningful participation in the election process.

[149] Counsel for the Second Intervenor suggests only that an absentee voting system is a constitutional requirement and that the salutary effects of the special ballot provisions outweigh any potential harms. As I noted above, I reject this analysis as too simplistic.

[150] Counsel for the Applicant suggests that while the sections were intended to enhance rights, the limits attached to them are excessive. Factually, counsel relies on the following:

- 1) For 48 days pre-writ and potentially 12 days post-writ, special ballot voters can vote but without knowledge of the candidates.

- 2) For four days only the special ballot voters know the candidates (for the 2011 general election this was October 1-5, 2011); this period is so short that the voters which the legislation sought to protect (i.e. on Qatar Campus) could not possibly have their special ballot mailed into the Chief Electoral Office on time.
- 3) As a result of this, such special ballot voters have no choice but to vote before the close of nominations and before the candidates are known. This is a serious limit to the voter's right to an informed and meaningful vote.

[151] I accept the position of the First Intervenor expressed at paragraphs 35 to 36 of their brief:

The impugned provisions infringe the rights to meaningful participation of all voters, and infringe the rights of candidates themselves to meaningfully participate in provincial elections. They exacerbate disadvantages between candidates for recognized parties and those who choose to run as unaffiliated candidates. They compromise the right to an informed vote, and serve to reduce the right of voting to the mere casting of a ballot, which the Supreme Court of Canada has clearly stated is an insufficient characterization of that right. Other deleterious effects include confusion and possible disenfranchisement of voters, which is already demonstrated through the disproportionately high number of spoiled or rejected ballots which occur via special ballot compared to regular and advanced voting.

In comparison, the salutary effects are difficult to identify. The extension of time to vote, to this degree, is not beneficial, except possibly to that small number of electors who genuinely are away for extended periods during Newfoundland and Labrador's relatively short election campaigns. However, as previously described in the minimal impairment analysis, the same salutary effects might be achieved through alternative means.

[152] I conclude that while the concept of casting special ballots in advance of the official nomination day can be reasonably defended from the practice of other jurisdictions, the casting of special ballots before the writ of election cannot. This unique provision is disproportionate.

[153] The Second Intervenor asserts that the Legislature considered appropriate factors in enacting the current special ballot provisions of the *Elections Act* and that its choice is entitled to deference. I disagree.

[154] While details of an electoral system are a matter for the Legislature, it is required to strike a balance between the ability of candidates to inform voters and the ability of voters to hear and weigh many points of view (*Harper* at paragraph 87).

[155] The 2007 amendments were passed after fixed elections were established under section 3(2) of the *House of Assembly Act* in 2004. The evidence supports that while members of the House of Assembly were motivated to provide a means (for persons whose ability to vote was compromised) to cast a vote, the impact that the impugned provisions would have on special ballot voters, once fixed date elections were established, was not given appropriate consideration in the House.

[156] There was no evidence presented in this case to support that the members realized that special ballot voters' ability to make a reasonably informed decision in the pre-writ period could be compromised in the ways I have concluded they are so compromised. Hansard reflects no debate on issues such as members participating in the House, having a presence in their districts or Parties being able to advertise when candidates could not and the effect that these facts could have on a special ballot voter.

[157] The benefits of the special ballot provisions do not outweigh the harm caused. The onus on those seeking to uphold the provisions has not been met.

CONCLUSION

[158] In the result, I grant the declaration sought by the Applicant that the special ballot provisions, section 86 to 86.10 of the *Elections Act, 1991*, infringe section 3 of the *Charter* and are not saved under section 1. As such, they are inconsistent with the Constitution and of no force and effect.

GILLIAN D. BUTLER
Justice

SCHEDULE ‘A’

57. (1) An election is begun by a proclamation of the Lieutenant-Governor.
- (2) A proclamation under subsection (1) shall
- (a) appoint a day and place for the close of nomination of candidates and fix the polling day in each electoral district in which the election is to be held;
- (b) direct the issue of a writ of election for each electoral district in which an election is to be held; and
- (c) fix the date on which the writs will be issued and direct that they be returned at the time and in the manner provided in Division E.
58. (1) The day of polling to be fixed by the proclamation required under section 57 shall be a day not less than 21 clear days from the date of the proclamation nor more than 30 clear days.
- (2) Notwithstanding subsection (1) and the *Statutes and Subordinate Legislation Act*, the fact that writs respecting the by-elections to be held in the electoral districts of Trinity - Bay de Verde and Humber East were issued on November 3, 2014 but the proclamations respecting those by-elections were not published in the *Gazette* until November 4, 2014 does not invalidate those writs nor does it in any way affect the validity of the calling of those by-elections.
59. The day to be appointed by the proclamation required under section 57 for the close of nominations of candidates shall be the 10th day before the day of polling.
- ...
61. (1) A writ of election shall
- (a) be issued by the Chief Electoral Officer in conformity with the instructions of the Lieutenant-Governor in Council as contained in the proclamation issued under section 57 in the prescribed form;
- (b) be dated on the day fixed by the Lieutenant-Governor in Council by his or her proclamation issued under section 57;

(c) be directed to the returning officer of the electoral district in respect of which it is issued; and

(d) be forwarded to that returning officer immediately after it is issued.

(2) A writ of election is returnable at the time and in the manner required by Division E.

...

74. (1) At 10:00 a.m. on nomination day the returning officer and election clerk shall both attend at the place stated in the proclamation authorizing the election, and shall remain there until 2:00 p.m. of the same day for the purpose of receiving nominations of candidates who have not already been nominated.

(2) After 2:00 p.m. on nomination day no further nomination may be received.

(3) At the close of the time for nominating candidates the returning officer shall deliver to each candidate or his or her scrutineer who applies for it, a certified list of the names of candidates who have been nominated.

(4) The Chief Electoral Officer shall

(a) on April 1 of each year furnish to each political party registered under Part III a copy of the list of electors for the electoral districts involved in the election; and

(b) upon the filing of nomination papers with the returning officer for a candidate who has been officially nominated by a party, or as soon afterwards as possible, furnish to that candidate a copy of the list of electors for the electoral district in which the candidate is nominated.

(4.1) In addition to the list of electors provided under subsection (4), not later than 5 days before polling day, the Chief Electoral Officer shall furnish to

(a) each political party registered under Part III , an updated list of the electors for the electoral districts involved in the election; and

(b) each candidate, an updated list of the electors for the electoral district for which that candidate is nominated.

- (5) In addition to the printed copy of the list of electors provided under subsection (4), the Chief Electoral Officer shall, on request, provide a copy of the list in a form capable of being stored and used in a system of mechanical data processing or another system for information storage and retrieval.
86. (1) An elector who is qualified to vote at an election and who has reason to believe that he or she will have difficulty voting at an advance poll or at the poll on polling day may apply to vote by special ballot.
- (2) A person who is detained in a penitentiary or jail in the province or who is in detention at the Waterford Hospital may vote only by special ballot.
- (3) An application to vote by special ballot may be made by those methods that are acceptable to the Chief Electoral Officer.
- (4) An application to vote by special ballot may be made to the office of the Chief Electoral Officer beginning not more than 4 weeks before the issue of the writ of election and ending at 6:00 p.m. on a day to be determined by the Chief Electoral Officer.
- (5) An application to vote by special ballot shall contain the information that the Chief Electoral Officer may require, including
- (a) the name of the applicant and the address of the applicant's residence in the province;
 - (b) proof of the applicant's identity by reference to documents of a class determined by the Chief Electoral Officer; and
 - (c) the applicant's mailing address.
- (6) A person who knowingly makes a false statement in an application under this section is guilty of an offence.
- (7) Section 91 and subsections 92(2) and (3) shall not apply to a special ballot.
- 86.1 (1) The Chief Electoral Officer shall appoint a Special Ballot Administrator.

(2) The Chief Electoral Officer shall assign the duties of the Special Ballot Administrator and shall fix his or her remuneration on a scale approved by the House of Assembly Management Commission continued under section 18 of the *House of Assembly Accountability, Integrity and Administration Act*.

(3) The Special Ballot Administrator is responsible to the Chief Electoral Officer for his or her actions.

(4) The Special Ballot Administrator shall, before taking up office, swear an oath in the prescribed form.

(5) Where the Special Ballot Administrator dies, becomes disqualified or incapable of acting or refuses to act, or is removed from office for another reason, the Chief Electoral Officer, shall at once appoint a substitute, who, before taking up his or her appointment, shall swear an oath in the prescribed form.

86.2 The Special Ballot Administrator or his or her designate may, where an application for a special ballot does not contain all the information required by subsection 86(5), require an applicant to provide the additional information requested.

86.3 (1) On receipt of an application under section 86, the Special Ballot Administrator or his or her designate shall

(a) ensure that the applicant's name is on the list of electors for the polling division in which he or she would otherwise vote;

(b) if the application is in order, issue a special ballot kit to the applicant; and

(c) cross out the name of the applicant as it appears on the list, noting in the margin "special ballot issued".

(2) Where an application is received from a person whose name does not appear on the electoral list for the polling division in which he or she resides, the Special Ballot Administrator or his or her designate shall, if satisfied that the person is qualified to vote,

(a) add the person's name to the electoral list;

(b) if the application is in order, issue a special ballot kit to the applicant; and

- (c) cross the person's name off the list and note in the margin "special ballot issued".
- (3) Once an elector's application to vote by special ballot has been accepted and a special ballot kit is issued to the elector, that elector may only vote by special ballot.
- 86.4 (1) On receipt of the special ballot kit, the elector shall mark the ballot by printing with a pen or pencil of any colour, in the space provided, the name of the candidate, or the name of the candidate and the name of the political party of the candidate, or the name of the political party of his or her choice.
 - (2) After marking the ballot, the elector shall
 - (a) place the marked ballot in the ballot envelope;
 - (b) seal the ballot envelope;
 - (c) place the sealed ballot envelope in the declaration envelope;
 - (d) complete and sign the declaration;
 - (e) place the sealed declaration envelope in the return envelope; and
 - (f) seal the return envelope.
 - (3) The return envelope, when sealed, shall be forwarded to the Office of the Chief Electoral Officer so that it reaches the office not later than 4:00 p.m. on a day prior to polling day to be determined by the Chief Electoral Officer.
 - (4) A special ballot kit shall be distributed to an elector by an election official only.
 - (5) A special ballot kit shall be returned to the Chief Electoral Officer by the elector or an election official only.
 - (6) Where a voter requires assistance in the completion of his or her special ballot, that assistance shall be provided by an election official only.
- 86.5 (1) The leaders of registered political parties having membership in the House of Assembly at the time the writ is issued shall each designate a representative, to act as scrutineer, who may be present during the verification of the declaration envelopes referred to in subsection 86.6(2)

and during each stage of the procedure for the counting of the special ballots.

(2) The representatives designated under subsection (1) shall swear an oath or make an affirmation in the prescribed form to keep secret the results of the voting by special ballot.

(3) The Chief Electoral Officer may appoint those special ballot officers the Chief Electoral Officer considers necessary to assist the Special Ballot Administrator.

(4) The special ballot officers appointed under subsection (3) shall swear an oath or make an affirmation in the prescribed form to keep secret the results of the voting by special ballot.

86.6 (1) Where a return envelope is received in the Office of the Chief Electoral Officer it shall be opened by the Special Ballot Administrator or his or her designate and the declaration envelope shall be removed from the return envelope and deposited in a sealed ballot box for the respective electoral district.

(2) Notwithstanding section 216, at 6:00 p.m. on a day before polling day to be determined by the Chief Electoral Officer, the declaration envelopes shall be removed from the ballot box by the Special Ballot Administrator or a special ballot officer in the presence of the persons designated under section 86.5 or, where they are not available, in the presence of 2 other witnesses.

(3) The Special Ballot Administrator or a special ballot officer shall examine the declaration envelope and determine

(a) whether the name on the declaration envelope is the same as that crossed out on the list of electors under section 86.2; and

(b) that the declaration has been completed and properly signed.

(4) Where the Special Ballot Administrator or a special ballot officer confirms that the declaration has been properly completed and the elector has signed the declaration envelope he or she shall

(a) open the declaration envelope and remove the sealed, ballot envelope; and

(b) place the sealed, ballot envelope in a sealed ballot box for the appropriate electoral district, marked "Special Ballot".

(5) Where the Special Ballot Administrator or a special ballot officer determines that a declaration has not been completed or the elector has failed to sign the declaration envelope, he or she shall

(a) write "rejected" on the envelope and the reason for its rejection; and

(b) set aside the envelope unopened.

(6) Notwithstanding section 216, at 6 p.m. on a day before polling day to be determined by the Chief Electoral Officer, the Special Ballot Administrator or a special ballot officer, in the presence of the persons designated under section 86.5 to act as scrutineers, or 2 other witnesses, where the scrutineers are not available, shall open the ballot boxes, open the sealed ballot envelopes and proceed to count the votes.

(7) The counting of the votes shall continue without interruption until completed.

(8) A ballot that

(a) is not marked in favour of a candidate, or a political party, or a candidate and a political party;

(b) is marked in favour of more than one candidate or more than one political party;

(c) is marked in favour of a candidate and a political party which are not affiliated with each other; or

(d) is marked in a way that identifies the elector,

shall be rejected.

(9) A ballot shall not be rejected for the sole reason that the elector has incorrectly written the name of a candidate or political party, if the ballot clearly indicates the elector's intent.

86.7 After the close of polls on polling day, the Chief Electoral Officer or the Special Ballot Administrator shall communicate the results of the voting to the appropriate returning officers who shall include them in the vote totals of the candidates for whom they were cast.

86.8 The Chief Electoral Officer or the Special Ballot Administrator shall, on request, make available to a candidate in an electoral district or his or her official agent the names and addresses of the ordinary residences of those

electors in the electoral district who have applied for and been provided with a special ballot kit.

86.9 The Chief Electoral Officer may establish those administrative procedures he or she considers necessary to give effect to sections 86 to 86.8.

86.10 The provisions of Division E relating to ordinary polls shall apply, with the necessary changes, to special ballots.

226.1 (1) A registered party or candidate, and a person, corporation or trade union acting with its or his or her knowledge and consent shall not, after the issue of a writ for an election and before the day immediately following the polling day, except during the period of 21 days immediately preceding the day before polling day,

(a) advertise on the facilities of a broadcasting undertaking; or

(b) procure for publication, publish or consent to the publication of, except during that period, an advertisement in a newspaper, magazine or other periodical publication,

for the purpose of promoting or opposing a political party or the election of a candidate.

(2) Subsection (1) does not apply

(a) to advertising of public meetings in districts;

(b) to advertising through the use of outdoor advertising facilities;

(c) to announcing political parties' headquarters locations;

(d) to announcing services for electors by political parties respecting enumeration and revision of lists of electors; or

(e) to another matter respecting administrative functions of political parties,

if the advertisements, announcements and other matters are done in accordance with the guidelines of the Chief Electoral Officer.

(3) A person who broadcasts or publishes an advertisement contrary to this section is guilty of an offence.

...

282. ...

(3) Only a registered party or candidate may solicit, collect or accept contributions.

...

295. (1) A registered party may transfer funds to and receive funds from

- (a) a district association or other division or constituent part of the party;
- (b) a political party registered under the *Canada Elections Act*;
- (c) a political party recognized by the chief electoral officer in another province; and
- (d) a candidate.

...

SCHEDULE 'B'

Jurisdiction	Voter can apply for kits	Special /Absentee voting	Nomination Day (# days post-writ)	Write in ballots	Additional Comments	Tab
Canada	Anytime up to Tuesday before election	After writ to close of polls on election day	21 days before election day (15 days)	Yes, by candidate	Party nominations are 25 days before election.	1
Manitoba	Anytime (s. 143 – can be before writ)	Anytime up to 8 pm on election day (s.147)	21 days before polling day (7 days)	Yes, by candidate	Upon sending kit voter is deemed to have voted [s. 146(4)]	2
Ontario	28 th day to 6 th day before election	After writ to close of polls on election day	21 days before election (8 days)	Yes, by candidate	Candidate lists are provided "if available"	3
Quebec	Anytime up to 19 days before election	Up to close of polls on election day	16 days before election (24 days)	Yes, by candidate (party optional)	Candidate list mailed 2 days after close of nominations	4
New Brunswick	Any time after writ	Prior to 8pm on election day	20 days before election (12 days)	Yes, by candidate	Ballots are blank prior to close of nominations	5
PEI	After writ to 13 th day before polling	After writ to noon on election day	17 days before election (9-15 days)	No, ballots are sent by CEO	CEO assesses application to see if special ballot permitted	6
B.C.	Register as absentee voter prior to writ	After writ to close of polls on election day	21 days before election (7 days)	Yes, by candidate or party	Party nominations before end of nominations	7
Alberta	After writ to close of polls on election day	Prior to close of polls on election day	18 days before election (10 days)	Yes, by candidate or party	Returning Officer assesses application	8
Saskatchewan	Up to 8 days before election day	Up to close of polls on election day	16 days before poll (11 days)	Yes, by candidate or party	Kits delivered not less than 4 days before poll	9
Nova Scotia	"As soon as possible" to 27 days before poll	Prior to close of polls on election day	20 days before poll (10-16 days)	Yes, by candidate or party	Returning Officer assesses application	10
NL	Four weeks prior to writ	Any time after receipt of kit	10 days before polling (11 days)	Yes, by candidate or party	Pre-writ voting is permitted.	11

Tab 21



Imperial Tobacco Canada Limited

- v. -

125 Her Majesty the Queen in Right of British Columbia

277 - and between -

05 Imperial Tobacco Canada Limited

- v. -

Attorney General of British Columbia

- and between -

Rothmans, Benson & Hedges Inc.

- v. -

Her Majesty the Queen in Right of British Columbia

- and between -

Rothmans, Benson & Hedges Inc.

- v. -

Attorney General of British Columbia

- and between -

JTI-Macdonald Corp.

- v. -

Her Majesty the Queen in Right of British Columbia

- and between -

JTI-Macdonald Corp.

- v. -

Imperial Tobacco Canada Limitée

- c. -

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique

- et entre -

Imperial Tobacco Canada Limitée

- c. -

Procureur général de la Colombie-Britannique

- et entre -

Rothmans, Benson & Hedges Inc.

- c. -

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique

- et entre -

Rothmans, Benson & Hedges Inc.

- c. -

Procureur général de la Colombie-Britannique

- et entre -

JTI-Macdonald Corp.

- c. -

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique

- et entre -

JTI-Macdonald Corp.

- c. -

Attorney General of British Columbia

- and between -

Canadian Tobacco Manufacturers' Council

- v. -

Her Majesty the Queen in Right of British Columbia

- and between -

British American Tobacco (Investments) Limited

- v. -

Her Majesty the Queen in Right of British Columbia

- and between -

Philip Morris Incorporated and Philip Morris International Inc.

- v. -

Her Majesty the Queen in Right of British Columbia

- and -

Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Manitoba, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta and Attorney General of Newfoundland and Labrador (B.C.) (30411)

Procureur général de la Colombie-Britannique

- et entre -

Conseil canadien des fabricants des produits du tabac

- c. -

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique

- et entre -

British American Tobacco (Investments) Limited

- c. -

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique

- et entre -

Philip Morris Incorporated et Philip Morris International Inc.

- c. -

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique

- et -

Procureur général de l'Ontario, Procureur général du Québec, Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Procureur général du Nouveau-Brunswick, Procureur général du Manitoba, Procureur général de la Saskatchewan, Procureur général de l'Alberta et Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador (C.-B.) (30411)

CORAM:

The Right Honourable Beverley McLachlin, P.C.
The Honourable Mr. Justice Major
The Honourable Mr. Justice Bastarache
The Honourable Mr. Justice Binnie
The Honourable Mr. Justice LeBel
The Honourable Madam Justice Deschamps
The Honourable Mr. Justice Fish
The Honourable Madam Justice Abella
The Honourable Madam Justice Charron

Appeals heard:

June 8, 2005

Judgment rendered:

September 29, 2005

Reasons for judgment by:

The Honourable Mr. Justice Major

Concurred in by:

The Right Honourable Beverley McLachlin, P.C.
The Honourable Mr. Justice Bastarache
The Honourable Mr. Justice Binnie
The Honourable Mr. Justice LeBel
The Honourable Madam Justice Deschamps
The Honourable Mr. Justice Fish
The Honourable Madam Justice Abella
The Honourable Madam Justice Charron

Counsel at hearing:

For the appellant Imperial Tobacco Canada
Limited:
David C. Harris, Q.C.
William S. Berardino, Q.C.
Andrea N. MacKay

CORAM :

La très honorable Beverley McLachlin, c.p.
L'honorable juge Major
L'honorable juge Bastarache
L'honorable juge Binnie
L'honorable juge LeBel
L'honorable juge Deschamps
L'honorable juge Fish
L'honorable juge Abella
L'honorable juge Charron

Appels entendus :

Le 8 juin 2005

Jugement rendu :

Le 29 septembre 2005

Motifs de jugement :

L'honorable juge Major

Souscrivent à l'avis de l'honorable juge Major :

La très honorable Beverley McLachlin, c.p.
L'honorable juge Bastarache
L'honorable juge Binnie
L'honorable juge LeBel
L'honorable juge Deschamps
L'honorable juge Fish
L'honorable juge Abella
L'honorable juge Charron

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante Imperial Tobacco Canada
Limitée :
David C. Harris, c.r.
William S. Berardino, c.r.
Andrea N. MacKay

For the appellant Rothmans, Benson & Hedges Inc.:

Kenneth N. Affleck, Q.C.

James A. Macaulay, Q.C.

Steven Sofer

Michael Sobkin

Ian G. Christman

For the appellant JTI-Macdonald Corp.:

Jack M. Giles, Q.C.

Jeffrey J. Kay, Q.C.

Dylana R. Bloor

For the appellant British American Tobacco (Investments) Limited:

John J. L. Hunter, Q.C.

Craig P. Dennis

Matthew J. Westphal

For the appellants Philip Morris Incorporated and Philip Morris International Inc.:

Simon Potter

Cynthia A. Millar

For the appellant Canadian Tobacco Manufacturers' Council:

Written submissions only by Maryanne F. Prohl

For the respondents:

Daniel A. Webster, Q.C.

Elliott M. Myers, Q.C.

Thomas R. Berger, Q.C.

Craig E. Jones

For the intervener Attorney General of Ontario:

Robin K. Basu

Mark Crow

For the intervener Attorney General of Quebec:

Alain Gingras

Brigitte Bussières

Pour l'appelante Rothmans, Benson & Hedges Inc. :

Kenneth N. Affleck, c.r.

James A. Macaulay, c.r.

Steven Sofer

Michael Sobkin

Ian G. Christman

Pour l'appelante JTI-Macdonald Corp. :

Jack M. Giles, c.r.

Jeffrey J. Kay, c.r.

Dylana R. Bloor

Pour l'appelante British American Tobacco (Investments) Limited :

John J. L. Hunter, c.r.

Craig P. Dennis

Matthew J. Westphal

Pour les appelantes Philip Morris Incorporated et Philip Morris International Inc. :

Simon Potter

Cynthia A. Millar

Pour l'appelant le Conseil canadien des fabricants des produits du tabac :

Argumentation écrite seulement par Maryanne F. Prohl

Pour les intimés :

Daniel A. Webster, c.r.

Elliott M. Myers, c.r.

Thomas R. Berger, c.r.

Craig E. Jones

Pour l'intervenant Procureur général de l'Ontario :

Robin K. Basu

Mark Crow

Pour l'intervenant Procureur général du Québec :

Alain Gingras

Brigitte Bussières

For the intervener Attorney General of Nova Scotia:

Written Submissions only by Edward A. Gores

For the intervener Attorney General of New Brunswick:

John G. Furey

For the intervener Attorney General of Manitoba:

Eugene B. Szach

For the intervener Attorney General for Saskatchewan:

Graeme G. Mitchell, Q.C.
R. James Fyfe

For the intervener Attorney General of Alberta:

Robert Normey

For the intervener Attorney General of Newfoundland and Labrador:

Donna Ballard
Barbara Barrowman

Pour l'intervenant le Procureur général de la Nouvelle-Écosse :

Argumentation écrite seulement par Edward A. Gores

Pour l'intervenant Procureur général du Nouveau-Brunswick :

John G. Furey

Pour l'intervenant Procureur général du Manitoba :

Eugene B. Szach

Pour l'intervenant Procureur général de la Saskatchewan :

Graeme G. Mitchell, c.r.
R. James Fyfe

Pour l'intervenant Procureur général de l'Alberta :

Robert Normey

Pour l'intervenant Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador :

Donna Ballard
Barbara Barrowman

Citations

B.C.C.A.: (2004), 239 D.L.R.
(4th) 412, 199 B.C.A.C. 195;
326 W.A.C. 195, 29 B.C.L.R.
(4th) 244, [2004] 9 W.W.R. 230,
[2004] B.C.J. No. 1007 (QL),
2004 BCCA 269.

B.C.S.C.: (2003), 227 D.L.R.
(4th) 323, [2003] B.C.J. No. 1309
(QL), 2003 BCSC 877.

Références

C.A.C.-B. : (2004), 239 D.L.R.
(4th) 412, 199 B.C.A.C. 195;
326 W.A.C. 195, 29 B.C.L.R.
(4th) 244, [2004] 9 W.W.R. 230,
[2004] B.C.J. No. 1007 (QL),
2004 BCCA 269.

CITATION

Before publication in the S.C.R., this judgment should be cited using the neutral citation: *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49. Once the judgment is published in the S.C.R., the neutral citation should be used as a parallel citation: *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] x S.C.R. x, 2005 SCC 49.

RÉFÉRENCE

Avant la publication de ce jugement dans le R.C.S., il faut utiliser sa référence neutre: *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49. Après sa publication dans le R.C.S., la référence neutre sera utilisée comme référence parallèle: *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] x R.C.S. x, 2005 CSC 49.

british columbia *v.* imperial tobacco canada ltd.

Imperial Tobacco Canada Limited

Appellant

v.

Her Majesty The Queen in Right of British Columbia

Respondent

and

Imperial Tobacco Canada Limited

Appellant

v.

Attorney General of British Columbia

Respondent

and

Rothmans, Benson & Hedges Inc.

Appellant

v.

Her Majesty The Queen in Right of British Columbia

Respondent

and

Rothmans, Benson & Hedges Inc.

Appellant

v.

Attorney General of British Columbia

Respondent

and

JTI-Macdonald Corp.

Appellant

v.

Her Majesty The Queen in Right of British Columbia

Respondent

and

JTI-Macdonald Corp.

Appellant

v.

Attorney General of British Columbia

Respondent

and

Canadian Tobacco Manufacturers' Council

Appellant

v.

Her Majesty The Queen in Right of British Columbia *Respondent*

and

British American Tobacco (Investments) Limited *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of British Columbia *Respondent*

and

Philip Morris Incorporated and Philip Morris International Inc. *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of British Columbia *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec,
Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of
New Brunswick, Attorney General of Manitoba,
Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of
Alberta and Attorney General of Newfoundland and Labrador** *Intervenors*

Indexed as: British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.

Neutral citation: 2005 SCC 49.

File No.: 30411.

2005: June 8; 2005: September 29.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

on appeal from the court of appeal for british columbia

Constitutional law – Division of powers – Extra-territoriality – Limitation on provincial legislation – Provincial legislation authorizing civil actions by government of British Columbia against manufacturers of tobacco products for recovery of health care expenditures incurred by government in treating individuals exposed to those products – Tobacco manufacturers sued by government challenging constitutional validity of legislation – Whether legislation exceeds territorial limits on provincial legislative jurisdiction – Constitution Act, 1867, s. 92(13) – Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30.

Constitutional law – Judicial independence – Provincial legislation authorizing civil actions by government of British Columbia against manufacturers of tobacco products for recovery of health care expenditures incurred by government in treating individuals exposed to those products – Whether legislation constitutionally invalid as being inconsistent with principle of judicial independence – Whether rules of civil procedure contained in legislation interfere with adjudicative role of court hearing action – Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30.

Constitutional law – Rule of law – Provincial legislation authorizing civil actions by government of British Columbia against manufacturers of tobacco products for recovery of health care expenditures incurred by government in treating individuals exposed to those products – Whether legislation constitutionally invalid as offending rule of law – Whether Constitution, through rule of law, requires legislation to be prospective, general in character and devoid of special advantages for government (except where necessary for effective governance), as well as to ensure fair civil trial – Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30.

The *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act* (the “Act”) authorizes an action by the government of British Columbia against a manufacturer of tobacco products for the recovery of health care expenditures incurred by the government in treating individuals exposed to those products. Liability hinges on those individuals having been exposed to tobacco products because of the manufacturer’s breach of a duty owed to persons in British Columbia, and on the government having incurred health care expenditures in treating disease in those individuals caused by such exposure. The appellants, each of which was sued by the government pursuant to the Act, challenged its constitutional validity. The British Columbia Supreme Court dismissed the government’s actions, concluding that the Act was unconstitutional because it failed to respect territorial limits on provincial legislative jurisdiction. The Court of Appeal set aside the decision, finding that the Act’s pith and substance is “Property and Civil Rights in the Province” within the meaning of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, and that the extra-territorial aspects of the Act, if any, are incidental to it. The court also found that the Act does not offend judicial independence or the rule of law. [1] [21-23]

Held: The appeals should be dismissed. The Act is constitutionally valid.

The Act is not unconstitutional by reason of extra-territoriality. The cause of action that constitutes the pith and substance of the Act is properly described as located “in the Province” under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. The Act is meaningfully connected to the province as there are strong relationships among the enacting territory (British Columbia), the subject matter of the law (compensation for the government of British Columbia’s tobacco-related health care costs) and the persons made subject to it (the tobacco manufacturers ultimately responsible for those costs). The Act also respects the legislative sovereignty of other jurisdictions. Though the cause of action may capture, to some extent, activities occurring outside of British Columbia, no territory could possibly assert a stronger relationship to that cause of action than British Columbia. The breaches of duty to which the Act refers are of subsidiary significance to the cause of action created by it, and thus the locations where those breaches might occur have little or no bearing on the strength of the relationship between the cause of action and British Columbia. [37-38] [40] [43]

The Act does not violate the independence of the judiciary. A court called upon to try an action brought pursuant to the Act retains at all times its adjudicative role, and the ability to exercise that role without interference. It must independently determine the applicability of the Act to the government’s claim, independently assess the evidence led to support and defend that claim, independently assign that evidence weight, then independently determine whether its assessment of the evidence supports a finding of liability. The fact that the Act shifts onuses of proof in respect of some of the elements of an aggregate claim or limits the compellability of certain information does not in any way interfere, in either appearance or fact, with the court’s adjudicative

role or any of the essential conditions of judicial independence. Judicial independence can abide unconventional rules of civil procedure and evidence. [55-56]

The Act does not implicate the rule of law in the sense that the Constitution comprehends that term. Except in respect of criminal law, the retrospectivity and retroactivity of which is limited by s. 11(g) of the *Charter*, there is no requirement of legislative prospectivity embodied in the rule of law or in any provision of our Constitution. Nor does the Constitution, through the rule of law, require that legislation be general in character and devoid of special advantages for the government (except where necessary for effective governance), or that it ensure a fair civil trial. In any event, tobacco manufacturers sued pursuant to the Act will receive a fair civil trial: they are entitled to a public hearing, before an independent and impartial court, in which they may contest the claims of the plaintiff and adduce evidence in their defence. The court will determine their liability only following that hearing, based solely on its understanding of the law as applied to its findings of fact. That defendants might regard the Act as unjust, or the procedural rules it prescribes as unprecedented, does not render their trial unfair. [69] [73] [76-77]

Cases Cited

Applied: *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 S.C.R. 40, 2003 SCC 39; **referred to:** *JTI-Macdonald Corp. v. British Columbia (Attorney General)* (2000), 184 D.L.R. (4th) 335, 2000 BCSC 312; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 63, 2003 SCC 40; *Reference re*

Upper Churchill Water Rights Reversion Act, [1984] 1 S.C.R. 297; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, [2005] 1 S.C.R. 292, 2005 SCC 20; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, 2005 SCC 44; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 185; *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.* (1999), 180 Sask. R. 20; *Cusson v. Robidoux*, [1977] 1 S.C.R. 650; *Notre-Dame Hospital v. Patry*, [1975] 2 S.C.R. 388; *Landgraf v. USI Film Products*, 511 U.S. 244 (1994); *In re Spectrum Plus Ltd.*, [2005] 3 W.L.R. 58, [2005] UKHL 41.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d), (g).

Constitution Act, 1867, preamble, ss. 92, 96-100.

Constitution Act, 1982, preamble.

Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 6(1).

Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, c. 30.

Tobacco Damages Recovery Act, S.B.C. 1997, c. 41.

Authors Cited

British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 20, No. 6, 4th Sess., 36th Parl., June 7, 2000, p. 16314.

Edinger, Elizabeth. "Retrospectivity in Law" (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 5.

Elliot, Robin. "References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 67.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2003, release 1).

Hogg, Peter W., and Cara F. Zwibel. "The Rule of Law in the Supreme Court of Canada" (2005), 55 *U.T.L.J.* 715.

Newman, Warren J. "The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation" (2005), 16 *N.J.C.L.* 175.

Sullivan, R. E. "Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces" (1985), 7 *Sup. Ct. L.R.* 511.

APPEALS from the judgments of the British Columbia Court of Appeal (Lambert, Rowles and Prowse JJ.A.) (2004), 239 D.L.R. (4th) 412, 199 B.C.A.C. 195; 326 W.A.C. 195, 29 B.C.L.R. (4th) 244, [2004] 9 W.W.R. 230, [2004] B.C.J. No. 1007

(QL), 2004 BCCA 269, reversing a decision of Holmes J. (2003), 227 D.L.R. (4th) 323, [2003] B.C.J. No. 1309 (QL), 2003 BCSC 877. Appeals dismissed.

David C. Harris, Q.C., William S. Berardino, Q.C., and Andrea N. MacKay, for the appellant Imperial Tobacco Canada Limited.

Kenneth N. Affleck, Q.C., James A. Macaulay, Q.C., Steven Sofer, Michael Sobkin and Ian G. Christman, for the appellant Rothmans, Benson & Hedges Inc.

Jack M. Giles, Q.C., Jeffrey J. Kay, Q.C., and Dylan R. Bloor, for the appellant JTI-Macdonald Corp.

Written submissions only by *Maryanne F. Prohl*, for the appellant Canadian Tobacco Manufacturers' Council.

John J. L. Hunter, Q.C., Craig P. Dennis, Matthew J. Westphal, for the appellant British American Tobacco (Investments) Limited.

Simon Potter and Cynthia A. Millar, for the appellants Philip Morris Incorporated and Philip Morris International Inc.

Thomas R. Berger, Q.C., Daniel A. Webster, Q.C., Elliott M. Myers, Q.C., and Craig E. Jones, for the respondents.

Robin K. Basu and Mark Crow, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Alain Gingras and Brigitte Bussières, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Edward A. Gores*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

John G. Furey, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Eugene B. Szach, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Graeme G. Mitchell, Q.C., and *R. James Fyfe*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Robert Normey, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Donna Ballard and Barbara Barrowman, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Solicitors for the appellant Imperial Tobacco Canada Limited: Berardino & Harris, Vancouver.

Solicitors for the appellant Rothmans, Benson & Hedges Inc.: Macaulay McColl, Vancouver.

Solicitors for the appellant JTI-Macdonald Corp.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the appellant Canadian Tobacco Manufacturers' Council: Kuhn & Company, Vancouver.

Solicitors for the appellant British American Tobacco (Investments) Limited: Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Solicitors for the appellants Philip Morris Incorporated and Philip Morris International Inc.: McCarthy Tétrault, Montreal.

Solicitors for the respondents: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney
General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and
Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.*

SUPREME COURT OF CANADA

IMPERIAL TOBACCO CANADA LIMITED, ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC., JTI-MACDONALD CORP., CANADIAN TOBACCO MANUFACTURERS' COUNCIL, BRITISH AMERICAN TOBACCO (INVESTMENTS) LIMITED, PHILIP MORRIS INCORPORATED and PHILIP MORRIS INTERNATIONAL INC.

- v. -

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF BRITISH COLUMBIA

- and -

IMPERIAL TOBACCO CANADA LIMITED, ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. and JTI-MACDONALD CORP.

- v. -

ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA

- and -

ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO, ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC, ATTORNEY GENERAL OF NOVA SCOTIA, ATTORNEY GENERAL OF NEW BRUNSWICK, ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA, ATTORNEY GENERAL FOR SASKATCHEWAN, ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA and ATTORNEY GENERAL OF NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

CORAM: The Chief Justice and Major, Bastarache, Binnie, LeBel,
Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

MAJOR J. —

1 The *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, c. 30 (the "Act"), authorizes an action by the government of British Columbia against a manufacturer of tobacco products for the recovery of health care expenditures incurred by the government in treating individuals exposed to those products. Liability hinges on

those individuals having been exposed to tobacco products because of the manufacturer's breach of a duty owed to persons in British Columbia, and on the government of British Columbia having incurred health care expenditures in treating disease in those individuals caused by such exposure.

2 These appeals question the constitutional validity of the Act. The appellants, each of which was sued by the government of British Columbia pursuant to the Act, challenge its constitutional validity on the basis that it violates (1) territorial limits on provincial legislative jurisdiction; (2) the principle of judicial independence; and (3) the principle of the rule of law.

3 For the reasons that follow, the Act is constitutionally valid. The appeals are dismissed, with costs to the respondents throughout.

I. Background

A. *The Legislation*

4 The Act, in its entirety, is reproduced in the Appendix. Its essential aspects are summarized below.

5 Section 2(1) is the keystone of the Act. It reads:

The government has a direct and distinct action against a manufacturer to recover the cost of health care benefits caused or contributed to by a tobacco related wrong.

6 The terms “manufacturer”, “cost of health care benefits” and “tobacco related wrong” are defined in s. 1(1) of the Act. Their definitions in turn refer to other defined terms. Incorporating the definitions into s. 2, then paraphrasing to some degree, the section provides as follows:

The government has a direct and distinct action against a manufacturer for the present value of existing and reasonably expected future expenditures by the government for

- (a) benefits as defined under the *Hospital Insurance Act* or the *Medicare Protection Act*;
- (b) payments under the *Continuing Care Act*; and
- (c) programs, services or benefits associated with disease,

where

- (a) such expenditures result from disease or the risk of disease caused or contributed to by exposure to a tobacco product; and
- (b) such exposure was caused or contributed to by
 - (i) a tort committed in British Columbia by the manufacturer; or
 - (ii) a breach of a common law, equitable or statutory duty or obligation owed by the manufacturer to persons in British Columbia who have been or might have become exposed to a tobacco product.

7 Viewed in this light, s. 2(1) creates a cause of action by which the government of British Columbia may recover from a tobacco manufacturer money spent treating disease in British Columbians, where such disease was caused by exposure to a tobacco product (whether entirely in British Columbia or not), and such exposure was caused by that manufacturer’s tort in British Columbia, or breach of a duty owed to persons in British Columbia.

8 The cause of action created by s. 2(1), besides being “direct and distinct”, is not a subrogated claim: s. 2(2). Nor is it barred by the *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266 s. 6(1). Crucially, it can be pursued on an aggregate basis — i.e. in respect of a population of persons for whom the government has made or can reasonably be expected to make expenditures: s. 2(4)(b).

9 Where the government's claim is made on an aggregate basis, it may use statistical, epidemiological and sociological evidence to prove its case: s. 5(b). It need not identify, prove the cause of disease or prove the expenditures made in respect of any individual member of the population on which it bases its claim: s. 2(5)(a). Furthermore, health care records and related information in respect of individual members of that population are not compellable, except if relied upon by an expert witness: ss. 2(5)(b) and (c). However, the court is free to order the discovery of a "statistically meaningful sample" of the health care records of individual members of that population, stripped of personal identifiers: ss. 2(5)(d) and (e).

10 Pursuant to ss. 3(1) and (2), the government enjoys a reversed burden of proof in respect of certain elements of an aggregate claim. Where the aggregate claim is, like the one brought against each of the appellants, to recover expenditures in respect of disease caused by exposure to cigarettes, the reversed burden of proof operates as follows. Once the government proves that

- (a) the defendant manufacturer breached a common law, equitable or statutory duty or obligation it owed to persons in British Columbia who have been or might become exposed to cigarettes;
- (b) exposure to cigarettes can cause or contribute to disease; and
- (c) during the manufacturer's breach, cigarettes manufactured or promoted by the manufacturer were offered for sale in British Columbia,

the court will presume that

- (a) the population that is the basis for the government's aggregate claim would not have been exposed to cigarettes but for the manufacturer's breach; and
- (b) such exposure caused or contributed to disease in a portion of the population that is the basis for the government's aggregate claim.

11 In this way, it falls on a defendant manufacturer to show that its breach of duty did not give rise to exposure, or that exposure resulting from its breach of duty did not give rise to the disease in respect of which the government claims for its expenditures. The reversed burden of proof on the manufacturer is a balance of probabilities: s. 3(4).

12 Where the aforementioned presumptions apply, the court must determine the portion of the government's expenditures after the date of the manufacturer's breach that resulted from exposure to cigarettes: s. 3(3)(a). The manufacturer is liable for such expenditures in proportion to its share of the market for cigarettes in British Columbia, calculated over the period of time between its first breach of duty and trial: ss. 3(3)(b) and 1(6).

13 In an action by the government, a manufacturer will be jointly and severally liable for expenditures arising from a joint breach of duty (i.e. for expenditures caused by disease, which disease was caused by exposure, which exposure was caused by a joint breach of duty to which the manufacturer was a party): s. 4(1).

14 Pursuant to s. 10, all provisions of the Act operate retroactively.

15 The Act is the second British Columbia statute designed to enable the government to sue tobacco manufacturers for tobacco-related health care costs that has been challenged on the basis of its constitutionality. The Supreme Court of British Columbia struck down the earlier statute, the *Tobacco Damages Recovery Act*, S.B.C. 1997, c. 41, as being in pith and substance legislation in relation to extra-provincial civil rights and therefore *ultra vires* the Legislative Assembly of British Columbia: see *JTI-Macdonald Corp. v. British Columbia (Attorney General)*, (2000), 184 D.L.R. (4th) 335, 2000 BCSC 312.

16 The legislative history of the Act confirms that it was drafted to address concerns about the extra-territorial aspects of the earlier statute and to avoid any further challenges with respect to extra-territoriality: see *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 20, No. 6, 4th Sess., 36th Parl. (June 7, 2000), at p. 16314.

B. *Procedural History*

17 On January 24, 2001, the Act came into force. On the same day, the government sued 14 entities in the tobacco industry in the Supreme Court of British Columbia, pursuant to s. 2 of the Act.

18 The appellants are among the 14 entities sued by the government. The appellants Imperial Tobacco Canada Limited, Rothmans, Benson & Hedges Inc., JTI-Macdonald Corp. and Canadian Tobacco Manufacturers' Council are Canadian corporations, and were served in British Columbia. The appellants Philip Morris Incorporated (now Philip Morris USA Inc.) and Philip Morris International Inc. are incorporated under the laws

of Virginia and Delaware, respectively, and were served *ex juris*. The appellant British American Tobacco (Investments) Limited is incorporated under the laws of the United Kingdom, and was also served *ex juris*.

19 The Canadian appellants applied for a declaration that the Act is unconstitutional. The appellants served *ex juris* applied to set aside service on the basis that the Act is unconstitutional, and thus that the government's actions founded on it were bound to fail.

20 Throughout the proceedings, the appellants' constitutional attack has been essentially tripartite. They argue that the Act exceeds the territorial limits on provincial legislative jurisdiction, violates judicial independence and infringes the rule of law.

II. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia* ((2003), 227 D.L.R. (4th) 323, 2003 BCSC 877)

21 Holmes J. rejected the appellants' submissions concerning judicial independence and the rule of law, but accepted their submissions concerning extra-territoriality. He concluded that the Act fails to respect territorial limits on provincial legislative jurisdiction because, in his view, the exposure to tobacco products giving rise to liability is territorially unconfined, and the aim of the Act is recovery of health care costs "from the tobacco industry nationally and internationally" (para. 222).

22 In the result, Holmes J. declared the Act invalid, dismissed the government's actions brought pursuant to the Act and set aside all *ex juris* service by the government.

B. *Court of Appeal for British Columbia* ((2004), 239 D.L.R. (4th) 412, 2004 BCCA 269)

23 The Court of Appeal for British Columbia allowed the respondents' appeals. Lambert, Rowles and Prowse JJ.A. each gave reasons concluding that the Act's pith and substance is "Property and Civil Rights in the Province" within the meaning of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*; that the extra-territorial aspects of the Act, if any, are incidental to it; and therefore that the Act is not invalid by reason of extra-territoriality. All agreed that the Act does not offend judicial independence or the rule of law.

24 In the result, the court dismissed the appellants' applications for declarations that the Act is invalid, set aside Holmes J.'s orders dismissing the government's actions and remitted to the Supreme Court of British Columbia the applications of the appellants served *ex juris* to have service set aside, with such applications to be decided on the basis that the Act is constitutionally valid.

III. Issues

25 McLachlin C.J. stated the following constitutional questions:

1. Is the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, c. 30, *ultra vires* the provincial legislature by reason of extra-territoriality?

2. Is the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, c. 30, constitutionally invalid, in whole or in part, as being inconsistent with judicial independence?

3. Is the *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, c. 30, constitutionally invalid, in whole or in part, as offending the rule of law?

IV. Analysis

A. *Extra-territoriality*

26 Section 92 of the *Constitution Act, 1867* is the primary source of provincial legislatures' authority to legislate. Provincial legislation must therefore respect the limitations, territorial and otherwise, on provincial legislative competence found in s. 92. The opening words of s. 92 — “In each Province” — represent a blanket territorial limitation on provincial powers. That limitation is echoed in a similar phrase that qualifies a number of the heads of power in s. 92: “in the Province”.

27 The territorial limitations on provincial legislative competence reflect the requirements of order and fairness underlying Canadian federal arrangements and discussed by this Court in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at pp. 1102-1103, *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at pp. 324-25, and *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 63, 2003 SCC 40, at para. 56. They serve to ensure that provincial legislation both has a meaningful connection to the province enacting it, and pays respect to “the sovereignty of the other provinces within their respective legislative spheres”: *Unifund*, at para. 51. See also, generally, R. E. Sullivan, “Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces” (1985), 7 *Sup. Ct. L.R.* 511.

- 28 Where the validity of provincial legislation is challenged on the basis that it violates territorial limitations on provincial legislative competence, the analysis centres on the pith and substance of the legislation. If its pith and substance is in relation to matters falling within the field of provincial legislative competence, the legislation is valid. Incidental or ancillary extra-provincial aspects of such legislation are irrelevant to its validity. See *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297 (“Churchill Falls”), at p. 332, and *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, at para. 24.
- 29 In determining the pith and substance of legislation, the court identifies its essential character or dominant feature: see *Global Securities Corp.*, at para. 22, and *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 16. This may be done through reference to both the purpose and effect of the legislation: see *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 53. See also *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, [2005] 1 S.C.R. 292, 2005 SCC 20, at para. 20.
- 30 Where the pith and substance of legislation relates to a tangible matter — i.e., something with an intrinsic and observable physical presence — the question of whether it respects the territorial limitations in s. 92 is easy to answer. One need only look to the location of the matter. If it is in the province, the limitations have been respected, and the legislation is valid. If it is outside the province, the limitations have been violated, and the legislation is invalid.
- 31 Where legislation’s pith and substance relates to an intangible matter, the characterization is more complicated. That is the case here.

32 The pith and substance of the Act is plainly the creation of a civil cause of action. More specifically, it is the creation of a civil cause of action by which the government of British Columbia may seek compensation for certain health care costs incurred by it. Civil causes of action are a matter within provincial legislative jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*: “Property and Civil Rights in the Province”. See *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 672.

33 But s. 92(13) does not speak to “Property and Civil Rights” located anywhere. It speaks only to “Property and Civil Rights in the Province”. And, to reiterate, it is, like all provincial heads of power, qualified by the opening words of s. 92: “In each Province”. The issue thus becomes how to determine whether an intangible, such as the cause of action constituting the pith and substance of the Act, is “in the Province”.

34 *Churchill Falls* dealt with a similar issue. In that case, McIntyre J. was confronted with a Newfoundland statute, the pith and substance of which was the modification of rights existing under a contract between Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited and Quebec Hydro-Electric Commission. Since the entity possessing those rights (namely, the Commission) was constituted in Quebec, and the parties had agreed that the Quebec courts had exclusive jurisdiction to adjudicate disputes concerning their contract, McIntyre J. regarded the rights created by that contract as situated in Quebec. The Newfoundland law that purported to modify them was thus invalid. It related to civil rights, but not to civil rights “in the Province”.

35 McIntyre J.’s approach to locating the civil rights constituting the pith and substance of the Newfoundland legislation illustrates the role, pointed out by Binnie J.

in *Unifund*, at para. 63, that “the relationships among the enacting territory, the subject matter of the law, and the person[s] sought to be subjected to its regulation” play in determining the validity of legislation alleged to be impermissibly extra-territorial in scope. In *Churchill Falls*, an examination of those relationships indicated that the intangible civil rights constituting the pith and substance of the Newfoundland legislation at issue were not meaningfully connected to the legislating province, and could properly be the subject matter only of Quebec legislation. Put slightly differently, if the impugned Newfoundland legislation had been permitted to regulate those civil rights, neither of the purposes underlying s. 92’s territorial limitations would be respected. It followed that those civil rights should be regarded as located beyond the territorial scope of Newfoundland’s legislative competence under s. 92.

- 36 From the foregoing it can be seen that several analytical steps may be required to determine whether provincial legislation in pith and substance respects territorial limits on provincial legislative competence. The first step is to determine the pith and substance, or dominant feature, of the impugned legislation, and to identify a provincial head of power under which it might fall. Assuming a suitable head of power can be found, the second step is to determine whether the pith and substance respects the territorial limitations on that head of power — i.e. whether it is in the province. If the pith and substance is tangible, whether it is in the province is simply a question of its physical location. If the pith and substance is intangible, the court must look to the relationships among the enacting territory, the subject matter of the legislation and the persons made subject to it, in order to determine whether the legislation, if allowed to stand, would respect the dual purposes of the territorial limitations in s. 92 (namely, to ensure that provincial legislation has a meaningful connection to the enacting province

and pays respect to the legislative sovereignty of other territories). If it would, the pith and substance of the legislation should be regarded as situated in the province.

37 Here, the cause of action that is the pith and substance of the Act serves exclusively to make the persons ultimately responsible for tobacco-related disease suffered by British Columbians — namely, the tobacco manufacturers who, through their wrongful acts, caused those British Columbians to be exposed to tobacco — liable for the costs incurred by the government of British Columbia in treating that disease. There are thus strong relationships among the enacting territory (British Columbia), the subject matter of the law (compensation for the government of British Columbia's tobacco-related health care costs) and the persons made subject to it (the tobacco manufacturers ultimately responsible for those costs), such that the Act can easily be said to be meaningfully connected to the province.

38 The Act respects the legislative sovereignty of other jurisdictions. Though the cause of action that is its pith and substance may capture, to some extent, activities occurring outside of British Columbia, no territory could possibly assert a stronger relationship to that cause of action than British Columbia. That is because there is at all times one critical connection to British Columbia exclusively: the recovery permitted by the action is in relation to expenditures by the government of British Columbia for the health care of British Columbians.

39 In assessing the Act's respect for the territorial limitations on British Columbia's legislative competence, the appellants and the Court of Appeal placed considerable emphasis on the question of whether, as a matter of statutory interpretation, the breach of duty by a manufacturer that is a necessary condition of its liability under the cause of

action created by the Act must occur in British Columbia. That emphasis was undue, for two reasons.

40 First, the driving force of the Act's cause of action is compensation for the government of British Columbia's health care costs, not remediation of tobacco manufacturers' breaches of duty. While the Act makes the existence of a breach of duty one of several necessary conditions to a manufacturer's liability to the government, it is not the mischief at which the cause of action created by the Act is aimed. The Act leaves breaches of duty to be remedied by the law that gives rise to the duty. Thus, the breaches of duty to which the Act refers are of subsidiary significance to the cause of action created by it, and the locations where those breaches might occur have little or no bearing on the strength of the relationship between the cause of action and the enacting jurisdiction.

41 Second, and in any event, the only relevant breaches under the Act are breaches of duties (or obligations) owed "to persons in British Columbia" (s. 1(1) "tobacco related wrong", s. 3(1)(a)) that give rise to health care expenditures by the government of British Columbia. Thus, even if the existence of a breach of duty were the central element of the Act's cause of action (it is not), the cause of action would remain strongly related to British Columbia.

42 The question of whether other matters, such as exposure and disease, to which the Act refers, must occur or arise in British Columbia is equally or more irrelevant to the Act's validity. Those matters too are conditions precedent to success in an action brought pursuant to the Act and of subsidiary significance to it.

43 It follows that the cause of action that constitutes the pith and substance of the Act is properly described as located “in the Province”. The Act is not invalid by reason of extra-territoriality, being in pith and substance legislation in relation “Property and Civil Rights in the Province” under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*.

B. *Judicial Independence*

44 Judicial independence is a “foundational principle” of the Constitution reflected in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and in both ss. 96-100 and the preamble to the *Constitution Act, 1867: Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 109. It serves “to safeguard our constitutional order and to maintain public confidence in the administration of justice”: *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35, at para. 29. See also *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42, at paras. 80-81.

45 Judicial independence consists essentially in the freedom “to render decisions based solely on the requirements of the law and justice”: *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at para. 37. It requires that the judiciary be left free to act without improper “interference from any other entity” (*Ell*, at para. 18) — i.e. that the executive and legislative branches of government not “impinge on the essential ‘authority and function’ ... of the court” (*MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at pp. 827-28). See also *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pp. 686-87, *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at pp. 73 and 75, *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at pp. 152-54, *Babcock v. Canada (Attorney*

General), [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57, at para. 57, and *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at para. 87.

46 Security of tenure, financial security and administrative independence are the three “core characteristics” or “essential conditions” of judicial independence: *Valente*, at pp. 694, 704 and 708, and *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, at para. 115. It is a precondition to judicial independence that they be maintained, and be seen by “a reasonable person who is fully informed of all the circumstances” to be maintained: *Mackin*, at paras. 38 and 40, and *Provincial Court Judges’ Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, 2005 SCC 44, at para. 6.

47 However, even where the essential conditions of judicial independence exist, and are reasonably seen to exist, judicial independence itself is not necessarily ensured. The critical question is whether the court is free, and reasonably seen to be free, to perform its adjudicative role without interference, including interference from the executive and legislative branches of government. See, for example, *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at paras. 82-92.

48 The appellants submit that the Act violates judicial independence, both in reality and appearance, because it contains rules of civil procedure that fundamentally interfere with the adjudicative role of the court hearing an action brought pursuant to the Act. They point to s. 3(2), which they say forces the court to make irrational presumptions, and to ss. 2(5)(a), (b) and (c), which they say subvert the court’s ability to discover relevant facts. They say that these rules impinge on the court’s fact-finding function, and virtually guarantee the government’s success in an action brought pursuant to the Act.

49 The rules in the Act with which the appellants take issue are not as unfair or illogical as the appellants submit. They appear to reflect legitimate policy concerns of the British Columbia legislature regarding the systemic advantages tobacco manufacturers enjoy when claims for tobacco-related harm are litigated through individualistic common law tort actions. That, however, is beside the point. The question is not whether the Act's rules are unfair or illogical, nor whether they differ from those governing common law tort actions, but whether they interfere with the courts' adjudicative role, and thus judicial independence.

50 The primary role of the judiciary is to interpret and apply the law, whether procedural or substantive, to the cases brought before it. It is to hear and weigh, in accordance with the law, evidence that is relevant to the legal issues confronted by it, and to award to the parties before it the available remedies.

51 The judiciary has some part in the development of the law that its role requires it to apply. Through, for example, its interpretation of legislation, review of administrative decisions and assessment of the constitutionality of legislation, it may develop the law significantly. It may also make incremental developments to its body of previous decisions — i.e. the common law — in order to bring the legal rules those decisions embody “into step with a changing society”: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 666. See also *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at paras. 91-92. But the judiciary’s role in developing the law is a relatively limited one. “[I]n a constitutional democracy such as ours it is the legislature and not the courts which has the major responsibility for law reform”: *Salituro*, at p. 670.

52 It follows that the judiciary's role is not, as the appellants seem to submit, to apply only the law of which it approves. Nor is it to decide cases with a view simply to what the judiciary (rather than the law) deems fair or pertinent. Nor is it to second-guess the law reform undertaken by legislators, whether that reform consists of a new cause of action or procedural rules to govern it. Within the boundaries of the Constitution, legislatures can set the law as they see fit. "The wisdom and value of legislative decisions are subject only to review by the electorate": *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 59.

53 In essence, the appellants' arguments misapprehend the nature and scope of the courts' adjudicative role protected from interference by the Constitution's guarantee of judicial independence. To accept their position on that adjudicative role would be to recognize a constitutional guarantee not of judicial independence, but of judicial governance.

54 None of this is to say that legislation, being law, can never unconstitutionally interfere with courts' adjudicative role. But more is required than an allegation that the content of the legislation required to be applied by that adjudicative role is irrational or unfair, or prescribes rules different from those developed at common law. The legislation must interfere, or be reasonably seen to interfere, with the courts' adjudicative role, or with the essential conditions of judicial independence. As McLachlin C.J. stated in *Babcock*, at para. 57:

It is well within the power of the legislature to enact laws, even laws which some would consider draconian, as long as it does not fundamentally alter or interfere with the relationship between the courts and the other branches of government.

55 No such fundamental alteration or interference was brought about by the legislature's enactment of the Act. A court called upon to try an action brought pursuant to the Act retains at all times its adjudicative role and the ability to exercise that role without interference. It must independently determine the applicability of the Act to the government's claim, independently assess the evidence led to support and defend that claim, independently assign that evidence weight, and then independently determine whether its assessment of the evidence supports a finding of liability. The fact that the Act shifts certain onuses of proof or limits the compellability of information that the appellants assert is relevant does not in any way interfere, in either appearance or fact, with the court's adjudicative role or any of the essential conditions of judicial independence. Judicial independence can abide unconventional rules of civil procedure and evidence.

56 The appellants' submission that the Act violates the independence of the judiciary and is therefore unconstitutional fails for the reasons stated above.

C. Rule of Law

57 The rule of law is "a fundamental postulate of our constitutional structure" (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 142) that lies "at the root of our system of government" (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 70). It is expressly acknowledged by the preamble to the *Constitution Act, 1982*, and implicitly recognized in the preamble to the *Constitution Act, 1867*: see *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 750.

58 This Court has described the rule of law as embracing three principles. The first recognizes that “the law is supreme over officials of the government as well as private individuals, and thereby preclusive of the influence of arbitrary power”: *Reference re Manitoba Language Rights*, at p. 748. The second “requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order”: *Reference re Manitoba Language Rights*, at p. 749. The third requires that “the relationship between the state and the individual ... be regulated by law”: *Reference re Secession of Quebec*, at para. 71.

59 So understood, it is difficult to conceive of how the rule of law could be used as a basis for invalidating legislation such as the Act based on its content. That is because none of the principles that the rule of law embraces speak directly to the terms of legislation. The first principle requires that legislation be applied to all those, including government officials, to whom it, by its terms, applies. The second principle means that legislation must exist. And the third principle, which overlaps somewhat with the first and second, requires that state officials’ actions be legally founded. See R. Elliot, “References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada’s Constitution” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 67, at pp. 114-15.

60 This does not mean that the rule of law as described by this Court has no normative force. As McLachlin C.J. stated in *Babcock*, at para. 54, “unwritten constitutional principles”, including the rule of law, “are capable of limiting government actions”. See also *Reference re Secession of Quebec*, at para. 54. But the government action constrained by the rule of law as understood in *Reference re Manitoba Language Rights* and *Reference re Secession of Quebec* is, by definition, usually that of the executive and judicial branches. Actions of the legislative branch are constrained too,

but only in the sense that they must comply with legislated requirements as to manner and form (i.e. the procedures by which legislation is to be enacted, amended and repealed).

- 61 Nonetheless, considerable debate surrounds the question of what additional principles, if any, the rule of law might embrace, and the extent to which they might mandate the invalidation of legislation based on its content. P. W. Hogg and C. F. Zwibel write in “The Rule of Law in the Supreme Court of Canada” (2005), 55 *U.T.L.J.* 715, at pp. 717-18:

Many authors have tried to define the rule of law and explain its significance, or lack thereof. Their views spread across a wide spectrum. ... T.R.S. Allan, for example, claims that laws that fail to respect the equality and human dignity of individuals are contrary to the rule of law. Luc Tremblay asserts that the rule of law includes the liberal principle, the democratic principle, the constitutional principle, and the federal principle. For Allan and Tremblay, the rule of law demands not merely that positive law be obeyed but that it embody a particular vision of social justice. Another strong version comes from David Beatty, who argues that the “ultimate rule of law” is a principle of “proportionality” to which all laws must conform on pain of invalidity (enforced by judicial review). In the middle of the spectrum are those who, like Joseph Raz, accept that the rule of law is an ideal of constitutional legality, involving open, stable, clear, and general rules, even-handed enforcement of those laws, the independence of the judiciary, and judicial review of administrative action. Raz acknowledges that conformity to the rule of law is often a matter of degree, and that breaches of the rule of law do not lead to invalidity.

See also W. J. Newman, “The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation” (2005), 16 *N.J.C.L.* 175, at pp. 177-80.

- 62 This debate underlies Strayer J.A.’s apt observation in *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 185 (C.A.), at para. 33, that “[a]dvocates tend to read into the

principle of the rule of law anything which supports their particular view of what the law should be”.

63 The appellants’ conceptions of the rule of law can fairly be said to fall at one extreme of the spectrum of possible conceptions and to support Strayer J.A.’s thesis. They submit that the rule of law requires that legislation (1) be prospective; (2) be general in character; (3) not confer special privileges on the government, except where necessary for effective governance; and (4) ensure a fair civil trial. And they argue that the Act breaches each of these requirements, rendering it invalid.

64 A brief review of this Court’s jurisprudence will reveal that none of these requirements enjoy constitutional protection in Canada. But before embarking on that review, it should be said that acknowledging the constitutional force of anything resembling the appellants’ conceptions of the rule of law would seriously undermine the legitimacy of judicial review of legislation for constitutionality. That is so for two separate but interrelated reasons.

65 First, many of the requirements of the rule of law proposed by the appellants are simply broader versions of rights contained in the *Charter*. For example, the appellants’ proposed fair trial requirement is essentially a broader version of s. 11(d) of the *Charter*, which provides that “[a]ny person charged with an offence has the right ... to ... a fair and public hearing”. But the framers of the *Charter* enshrined that fair trial right only for those “charged with an offence”. If the rule of law constitutionally required that all legislation provide for a fair trial, s. 11(d) and its relatively limited scope (not to mention its qualification by s. 1) would be largely irrelevant because everyone would have the unwritten, but constitutional, right to a “fair ... hearing”. (Though, as explained in para.

76, *infra*, the Act provides for a fair trial in any event.) Thus, the appellants' conception of the unwritten constitutional principle of the rule of law would render many of our written constitutional rights redundant and, in doing so, undermine the delimitation of those rights chosen by our constitutional framers. That is specifically what this Court cautioned against in *Reference re Secession of Quebec*, at para. 53:

Given the existence of these underlying constitutional principles, what use may the Court make of them? In [*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*], at paras. 93 and 104, we cautioned that the recognition of these constitutional principles ... could not be taken as an invitation to dispense with the written text of the Constitution. On the contrary, we confirmed that there are compelling reasons to insist upon the primacy of our written constitution. A written constitution promotes legal certainty and predictability, and it provides a foundation and a touchstone for the exercise of constitutional judicial review. [Emphasis added.]

66 Second, the appellants' arguments overlook the fact that several constitutional principles other than the rule of law that have been recognized by this Court — most notably democracy and constitutionalism — very strongly favour upholding the validity of legislation that conforms to the express terms of the Constitution (and to the requirements, such as judicial independence, that flow by necessary implication from those terms). Put differently, the appellants' arguments fail to recognize that in a constitutional democracy such as ours, protection from legislation that some might view as unjust or unfair properly lies not in the amorphous underlying principles of our Constitution, but in its text and the ballot box. See *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.* (1999), 180 Sask. R. 20 (C.A.), at para. 30, Elliot, at pp. 141-42, Hogg and Zwibel, at p. 718, and Newman, at p. 187.

67 The rule of law is not an invitation to trivialize or supplant the Constitution's written terms. Nor is it a tool by which to avoid legislative initiatives of which one is not

in favour. On the contrary, it requires that courts give effect to the Constitution's text, and apply, by whatever its terms, legislation that conforms to that text.

68 A review of the cases showing that each of the appellants' proposed requirements of the rule of law has, as a matter of precedent and policy, no constitutional protection is conclusive of the appellants' rule of law arguments.

(1) Prospectivity in the Law

69 Except for criminal law, the retrospectivity and retroactivity of which is limited by s. 11(g) of the *Charter*, there is no requirement of legislative prospectivity embodied in the rule of law or in any provision of our Constitution. Professor P. W. Hogg sets out the state of the law accurately (in *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 48-29):

Apart from s. 11(g), Canadian constitutional law contains no prohibition of retroactive (or ex post facto laws). There is a presumption of statutory interpretation that a statute should not be given retroactive effect, but, if the retroactive effect is clearly expressed, then there is no room for interpretation and the statute is effective according to its terms. Retroactive statutes are in fact common.

70 Hence, in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at p. 1192, La Forest J., writing for a majority of this Court, characterized a retroactive tax as "not constitutionally barred". And in *Cusson v. Robidoux*, [1977] 1 S.C.R. 650, at p. 655, Pigeon J., for a unanimous Court, said that it would be "untenable" to suggest that legislation reviving actions earlier held by this Court (in *Notre-Dame Hospital v. Patry*, [1975] 2 S.C.R. 388) to be time-barred was unconstitutional.

71 The absence of a general requirement of legislative prospectivity exists despite the fact that retrospective and retroactive legislation can overturn settled expectations and is sometimes perceived as unjust: see E. Edinger, "Retrospectivity in Law" (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 5, at p. 13. Those who perceive it as such can perhaps take comfort in the rules of statutory interpretation that require the legislature to indicate clearly any desired retroactive or retrospective effects. Such rules ensure that the legislature has turned its mind to such effects and "determined that the benefits of retroactivity [or retrospectivity] outweigh the potential for disruption or unfairness": *Landgraf v. USI Film Products*, 511 U.S. 244 (1994), at p. 268.

72 It might also be observed that developments in the common law have always had retroactive and retrospective effect. Lord Nicholls of Birkenhead recently explained this point in *In re Spectrum Plus Ltd.*, [2005] 3 W.L.R. 58, [2005] UKHL 41, at para. 7:

A court ruling which changes the law from what it was previously thought to be operates retrospectively as well as prospectively. The ruling will have a retrospective effect so far as the parties to the particular dispute are concerned, as occurred with the manufacturer of the ginger beer in *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562. When Mr Stevenson manufactured and bottled and sold his ginger beer the law on manufacturers' liability as generally understood may have been as stated by the majority of the Second Division of the Court of Session and the minority of their Lordships in that case. But in the claim Mrs Donoghue brought against Mr Stevenson his legal obligations fell to be decided in accordance with Lord Atkin's famous statements. Further, because of the doctrine of precedent the same would be true of everyone else whose case thereafter came before a court. Their rights and obligations would be decided according to the law as enunciated by the majority of the House of Lords in that case even though the relevant events occurred before that decision was given.

This observation adds further weight, if needed, to the view that retrospectivity and retroactivity do not generally engage constitutional concerns.

(2) Generality in the Law, Ordinary Law for the Government and Fair Civil Trials

73 Two decisions of this Court defeat the appellants' submission that the Constitution, through the rule of law, requires that legislation be general in character and devoid of special advantages for the government (except where necessary for effective governance), as well as that it ensure a fair civil trial.

74 The first is *Air Canada*. In it, a majority of this Court affirmed the constitutionality of 1981 amendments to the *Gasoline Tax Act, 1948*, R.S.B.C. 1960, c. 162, that retroactively taxed certain companies in the airline industry. The amendments were meant strictly to defeat three companies' claims, brought in 1980, for reimbursement of gasoline taxes paid between 1974 and 1976, the collection of which was *ultra vires* the legislature of British Columbia. The legislative amendments, in addition to being retroactive, were for the benefit of the Crown, aimed at a particular industry with readily identifiable members and totally destructive of that industry's ability to pursue successfully their claims filed a year earlier. Nonetheless, the constitutionality of those amendments was affirmed by a majority of this Court.

75 The second is *Authorson v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 S.C.R. 40, 2003 SCC 39, in which this Court unanimously upheld a provision of the *Department of Veterans Affairs Act*, R.S.C. 1985, c. V-1, aimed specifically at defeating certain disabled veterans' claims, the merits of which were undisputed, against the federal government. The claims concerned interest owed by the government on the veterans' benefit accounts administered by it, which interest it had not properly credited for decades. Though the appeal was pursued on the basis of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, the decision confirmed that it was well within Parliament's power to enact the provision at

issue — despite the fact that it was directed at a known class of vulnerable veterans, conferred benefits on the Crown for “undisclosed reasons” (para. 62) and routed those veterans’ ability to have any trial — fair or unfair — of their claims. See para. 15:

The *Department of Veterans Affairs Act*, s. 5.1(4) takes a property claim from a vulnerable group, in disregard of the Crown’s fiduciary duty to disabled veterans. However, that taking is within the power of Parliament. The appeal has to be allowed.

76 Additionally, the appellants’ conception of a “fair” civil trial seems in part to be of one governed by customary rules of civil procedure and evidence. As should be evident from the analysis concerning judicial independence, there is no constitutional right to have one’s civil trial governed by such rules. Moreover, new rules are not necessarily unfair. Indeed, tobacco manufacturers sued pursuant to the Act will receive a fair civil trial, in the sense that the concept is traditionally understood: they are entitled to a public hearing, before an independent and impartial court, in which they may contest the claims of the plaintiff and adduce evidence in their defence. The court will determine their liability only following that hearing, based solely on its understanding of the law as applied to its findings of fact. The fact that defendants might regard that law (i.e. the Act) as unjust, or the procedural rules it prescribes as unprecedented, does not render their trial unfair.

77 The Act does not implicate the rule of law in the sense that the Constitution comprehends that term. It follows that the Act is not unconstitutional by reason of interference with it.

V. Conclusion

78 The Act is constitutionally valid. The appeals are dismissed, with costs to the respondents throughout. Each constitutional question is answered "no". The stay of proceedings granted by McLachlin C.J. on January 21, 2005 is vacated.

APPENDIX

TOBACCO DAMAGES AND HEALTH CARE COSTS RECOVERY ACT S.B.C. 2000, c. 30, as am. S.B.C. 2003, c. 70, s. 297

HER MAJESTY, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of the Province of British Columbia, enacts as follows:

Definitions and interpretation

1 (1) In this Act:

“cost of health care benefits” means the sum of

- (a) the present value of the total expenditure by the government for health care benefits provided for insured persons resulting from tobacco related disease or the risk of tobacco related disease, and
- (b) the present value of the estimated total expenditure by the government for health care benefits that could reasonably be expected will be provided for those insured persons resulting from tobacco related disease or the risk of tobacco related disease;

“disease” includes general deterioration of health;

“exposure” means any contact with, or ingestion, inhalation or assimilation of, a tobacco product, including any smoke or other by-product of the use, consumption or combustion of a tobacco product;

“health care benefits” means

- (a) benefits as defined under the *Hospital Insurance Act*,
- (b) benefits as defined under the *Medicare Protection Act*,
- (c) payments made by the government under the *Continuing Care Act*, and
- (d) other expenditures, made directly or through one or more agents or other intermediate bodies, by the government for programs, services, benefits or similar matters associated with disease;

“insured person” means

- (a) a person, including a deceased person, for whom health care benefits have been provided, or
- (b) a person for whom health care benefits could reasonably be expected will be provided;

“joint venture” means an association of 2 or more persons, if

- (a) the relationship among the persons does not constitute a corporation, a partnership or a trust, and
- (b) the persons each have an undivided interest in assets of the association;

“manufacture” includes, for a tobacco product, the production, assembly or packaging of the tobacco product;

“manufacturer” means a person who manufactures or has manufactured a tobacco product and includes a person who currently or in the past

- (a) causes, directly or indirectly, through arrangements with contractors, subcontractors, licensees, franchisees or others, the manufacture of a tobacco product,
- (b) for any fiscal year of the person, derives at least 10% of revenues, determined on a consolidated basis in accordance with generally accepted accounting principles in Canada, from the manufacture or promotion of tobacco products by that person or by other persons,
- (c) engages in, or causes, directly or indirectly, other persons to engage in the promotion of a tobacco product, or
- (d) is a trade association primarily engaged in
 - (i) the advancement of the interests of manufacturers,
 - (ii) the promotion of a tobacco product, or
 - (iii) causing, directly or indirectly, other persons to engage in the promotion of a tobacco product;

“person” includes a trust, joint venture or trade association;

“promote” or “promotion” includes, for a tobacco product, the marketing, distribution or sale of the tobacco product and research with respect to the tobacco product;

“tobacco product” means tobacco and any product that includes tobacco;

“tobacco related disease” means disease caused or contributed to by exposure to a tobacco product;

“tobacco related wrong” means,

- (a) a tort committed in British Columbia by a manufacturer which causes or contributes to tobacco related disease, or
- (b) in an action under section 2 (1), a breach of a common law, equitable or statutory duty or obligation owed by a manufacturer

to persons in British Columbia who have been exposed or might become exposed to a tobacco product;

“**type of tobacco product**” means one or a combination of the following tobacco products:

- (a) cigarettes;
- (b) loose tobacco intended for incorporation into cigarettes;
- (c) cigars;
- (d) cigarillos;
- (e) pipe tobacco;
- (f) chewing tobacco;
- (g) nasal snuff;
- (h) oral snuff;
- (i) a prescribed form of tobacco.

- (2) The definition of “manufacturer” in subsection (1) does not include
 - (a) an individual,
 - (b) a person who
 - (i) is a manufacturer only because they are a wholesaler or retailer of tobacco products, and
 - (ii) is not related to
 - (A) a person who manufactures a tobacco product, or
 - (B) a person described in paragraph (a) of the definition of “manufacturer”, or
 - (c) a person who
 - (i) is a manufacturer only because paragraph (b) or (c) of the definition of “manufacturer” applies to the person, and
 - (ii) is not related to
 - (A) a person who manufactures a tobacco product, or
 - (B) a person described in paragraphs (a) or (d) of the definition of “manufacturer”.

- (3) For the purposes of subsection (2), a person is related to another person if, directly or indirectly, the person is
 - (a) an affiliate, as defined in section 1 of the *Business Corporations Act*, of the other person, or
 - (b) an affiliate of the other person or an affiliate of an affiliate of the other person.
- (4) For the purposes of subsection (3) (b), a person is deemed to be an affiliate of another person if the person
 - (a) is a corporation and the other person, or a group of persons not dealing with each other at arm's length of which the other person is a member, owns a beneficial interest in shares of the corporation
 - (i) carrying at least 50% of the votes for the election of directors of the corporation and the votes carried by the shares are sufficient, if exercised, to elect a director of the corporation, or
 - (ii) having a fair market value, including a premium for control if applicable, of at least 50% of the fair market value of all the issued and outstanding shares of the corporation, or
 - (b) is a partnership, trust or joint venture and the other person, or a group of persons not dealing with each other at arm's length of which the other person is a member, has an ownership interest in the assets of that person that entitles the other person or group to receive at least 50% of the profits or at least 50% of the assets on dissolution, winding up or termination of the partnership, trust or joint venture.
- (5) For the purposes of subsection (3) (b), a person is deemed to be an affiliate of another person if the other person, or a group of persons not dealing with each other at arm's length of which the other person is a member, has any direct or indirect influence that, if exercised, would result in control in fact of that person except if the other person deals at arm's length with that person and derives influence solely as a lender.
- (6) For the purposes of determining the market share of a defendant for a type of tobacco product sold in British Columbia, the court must calculate the defendant's market share for the type of tobacco product by the following formula:

$$dms = \frac{dm}{MM} \times 100\%$$

where

dms = the defendant's market share for the type of tobacco product from the date of the earliest tobacco related wrong committed by that defendant to the date of trial;

dm = the quantity of the type of tobacco product manufactured or promoted by the defendant that is sold within British Columbia from the date of the earliest tobacco related wrong committed by that defendant to the date of trial;

MM = the quantity of the type of tobacco product manufactured or promoted by all manufacturers that is sold within British Columbia from the date of the earliest tobacco related wrong committed by the defendant to the date of trial.

Direct action by government

- 2 (1) The government has a direct and distinct action against a manufacturer to recover the cost of health care benefits caused or contributed to by a tobacco related wrong.
- (2) An action under subsection (1) is brought by the government in its own right and not on the basis of a subrogated claim.
- (3) In an action under subsection (1), the government may recover the cost of health care benefits whether or not there has been any recovery by other persons who have suffered damage caused or contributed to by the tobacco related wrong committed by the defendant.
- (4) In an action under subsection (1), the government may recover the cost of health care benefits
 - (a) for particular individual insured persons, or
 - (b) on an aggregate basis, for a population of insured persons as a result of exposure to a type of tobacco product.
- (5) If the government seeks in an action under subsection (1) to recover the cost of health care benefits on an aggregate basis,
 - (a) it is not necessary
 - (i) to identify particular individual insured persons,
 - (ii) to prove the cause of tobacco related disease in any particular individual insured person, or
 - (iii) to prove the cost of health care benefits for any particular individual insured person,

- (b) the health care records and documents of particular individual insured persons or the documents relating to the provision of health care benefits for particular individual insured persons are not compellable except as provided under a rule of law, practice or procedure that requires the production of documents relied on by an expert witness,
- (c) a person is not compellable to answer questions with respect to the health of, or the provision of health care benefits for, particular individual insured persons,
- (d) despite paragraphs (b) and (c), on application by a defendant, the court may order discovery of a statistically meaningful sample of the documents referred to in paragraph (b) and the order must include directions concerning the nature, level of detail and type of information to be disclosed, and
- (e) if an order is made under paragraph (d), the identity of particular individual insured persons must not be disclosed and all identifiers that disclose or may be used to trace the names or identities of any particular individual insured persons must be deleted from any documents before the documents are disclosed.

Recovery of cost of health care benefits on aggregate basis

- 3 (1) In an action under section 2 (1) for the recovery of the cost of health care benefits on an aggregate basis, subsection (2) applies if the government proves, on a balance of probabilities, that, in respect of a type of tobacco product,
 - (a) the defendant breached a common law, equitable or statutory duty or obligation owed to persons in British Columbia who have been exposed or might become exposed to the type of tobacco product,
 - (b) exposure to the type of tobacco product can cause or contribute to disease, and
 - (c) during all or part of the period of the breach referred to in paragraph (a), the type of tobacco product, manufactured or promoted by the defendant, was offered for sale in British Columbia.
- (2) Subject to subsections (1) and (4), the court must presume that
 - (a) the population of insured persons who were exposed to the type of tobacco product, manufactured or promoted by the defendant, would not have been exposed to the product but for the breach referred to in subsection (1) (a), and

- (b) the exposure described in paragraph (a) caused or contributed to disease or the risk of disease in a portion of the population described in paragraph (a).
- (3) If the presumptions under subsection (2) (a) and (b) apply,
 - (a) the court must determine on an aggregate basis the cost of health care benefits provided after the date of the breach referred to in subsection (1) (a) resulting from exposure to the type of tobacco product, and
 - (b) each defendant to which the presumptions apply is liable for the proportion of the aggregate cost referred to in paragraph (a) equal to its market share in the type of tobacco product.
- (4) The amount of a defendant's liability assessed under subsection (3) (b) may be reduced, or the proportions of liability assessed under subsection (3) (b) readjusted amongst the defendants, to the extent that a defendant proves, on a balance of probabilities, that the breach referred to in subsection (1) (a) did not cause or contribute to the exposure referred to in subsection (2) (a) or to the disease or risk of disease referred to in subsection (2) (b).

Joint and several liability in an action under section 2 (1)

- 4 (1) Two or more defendants in an action under section 2 (1) are jointly and severally liable for the cost of health care benefits if
 - (a) those defendants jointly breached a duty or obligation described in the definition of "tobacco related wrong" in section 1 (1), and
 - (b) as a consequence of the breach described in paragraph (a), at least one of those defendants is held liable in the action under section 2 (1) for the cost of those health care benefits.
- (2) For purposes of an action under section 2 (1), 2 or more manufacturers, whether or not they are defendants in the action, are deemed to have jointly breached a duty or obligation described in the definition of "tobacco related wrong" in section 1 (1) if
 - (a) one or more of those manufacturers are held to have breached the duty or obligation, and
 - (b) at common law, in equity or under an enactment those manufacturers would be held
 - (i) to have conspired or acted in concert with respect to the breach,

- (ii) to have acted in a principal and agent relationship with each other with respect to the breach, or
- (iii) to be jointly or vicariously liable for the breach if damages would have been awarded to a person who suffered as a consequence of the breach.

Population based evidence to establish causation and quantify damages or cost

- 5 Statistical information and information derived from epidemiological, sociological and other relevant studies, including information derived from sampling, is admissible as evidence for the purposes of establishing causation and quantifying damages or the cost of health care benefits respecting a tobacco related wrong in an action brought
 - (a) by or on behalf of a person in the person's own name or as a member of a class of persons under the *Class Proceedings Act*, or
 - (b) by the government under section 2 (1).

Limitation periods

- 6 (1) No action that is commenced within 2 years after the coming into force of this section by
 - (a) the government,
 - (b) a person, on his or her own behalf or on behalf of a class of persons, or
 - (c) a personal representative of a deceased person on behalf of the spouse, parent or child, as defined in the *Family Compensation Act*, of the deceased person,

for damages, or the cost of health care benefits, alleged to have been caused or contributed to by a tobacco related wrong is barred under the *Limitation Act*.

- (2) Any action described in subsection (1) for damages alleged to have been caused or contributed to by a tobacco related wrong is revived if the action was dismissed before the coming into force of this section merely because it was held by a court to be barred or extinguished by the *Limitation Act*.

Liability based on risk contribution

- 7 (1) This section applies to an action for damages, or the cost of health care benefits, alleged to have been caused or contributed to by a tobacco related wrong other than an action for the recovery of the cost of health care benefits on an aggregate basis.

(2) If a plaintiff is unable to establish which defendant caused or contributed to the exposure described in paragraph (b) and, as a result of a breach of a common law, equitable or statutory duty or obligation,

- (a) one or more defendants causes or contributes to a risk of disease by exposing persons to a type of tobacco product, and
- (b) the plaintiff has been exposed to the type of tobacco product referred to in paragraph (a) and suffers disease as a result of the exposure,

the court may find each defendant that caused or contributed to the risk of disease liable for a proportion of the damages or cost of health care benefits incurred equal to the proportion of its contribution to that risk of disease.

(3) The court may consider the following in apportioning liability under subsection (2):

- (a) the length of time a defendant engaged in the conduct that caused or contributed to the risk of disease;
- (b) the market share the defendant had in the type of tobacco product that caused or contributed to the risk of disease;
- (c) the degree of toxicity of any toxic substance in the type of tobacco product manufactured or promoted by a defendant;
- (d) the amount spent by a defendant on promoting the type of tobacco product that caused or contributed to the risk of disease;
- (e) the degree to which a defendant collaborated or acted in concert with other manufacturers in any conduct that caused, contributed to or aggravated the risk of disease;
- (f) the extent to which a defendant conducted tests and studies to determine the risk of disease resulting from exposure to the type of tobacco product;
- (g) the extent to which a defendant assumed a leadership role in manufacturing the type of tobacco product;
- (h) the efforts a defendant made to warn the public about the risk of disease resulting from exposure to the type of tobacco product;
- (i) the extent to which a defendant continued manufacture or promotion of the type of tobacco product after it knew or

ought to have known of the risk of disease resulting from exposure to the type of tobacco product;

- (j) affirmative steps that a defendant took to reduce the risk of disease to the public;
- (k) other considerations considered relevant by the court.

Apportionment of liability in tobacco related wrongs

- 8 (1)** This section does not apply to a defendant in respect of whom the court has made a finding of liability under section 7.
- (2)** A defendant who is found liable for a tobacco related wrong may commence, against one or more of the defendants found liable for that wrong in the same action, an action or proceeding for contribution toward payment of the damages or the cost of health care benefits caused or contributed to by that wrong.
- (3)** Subsection (2) applies whether or not the defendant commencing an action or proceeding under that subsection has paid all or any of the damages or the cost of health care benefits caused or contributed to by the tobacco related wrong.
- (4)** In an action or proceeding described in subsection (2), the court may apportion liability and order contribution among each of the defendants in accordance with the considerations listed in section 7 (3) (a) to (k).

Regulations

- 9 (1)** The Lieutenant Governor in Council may make regulations referred to in section 41 of the *Interpretation Act*.
- (2)** Without limiting subsection (1), the Lieutenant Governor in Council may make regulations prescribing a form of tobacco for the purposes of paragraph (i) of the definition of "type of tobacco product" in section 1 (1).

Retroactive effect

- 10** When brought into force under section 12, a provision of this Act has the retroactive effect necessary to give the provision full effect for all purposes including allowing an action to be brought under section 2 (1) arising from a tobacco related wrong, whenever the tobacco related wrong occurred.

...

Commencement

- 12** This Act comes into force by regulation of the Lieutenant Governor in Council.

57P

colombie-britannique c. imperial tobacco canada ltée

Imperial Tobacco Canada Limitée

Appelante

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique

Intimée

et

Imperial Tobacco Canada Limitée

Appelante

c.

Procureur général de la Colombie-Britannique

Intimé

et

Rothmans, Benson & Hedges Inc.

Appelante

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique

Intimée

et

Rothmans, Benson & Hedges Inc.

Appelante

c.

Don't
Count
✓

Procureur général de la Colombie-Britannique

Intimé

et

JTI-Macdonald Corp.

Appelante

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique

Intimée

et

JTI-Macdonald Corp.

Appelante

c.

Procureur général de la Colombie-Britannique

Intimé

et

Conseil canadien des fabricants des produits du tabac

Appelant

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique

Intimée

et

British American Tobacco (Investments) Limited

Appelante

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique

Intimée

et

Philip Morris Incorporated et Philip Morris International Inc.

Appelantes

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique

Intimée

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec,
procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général du
Nouveau-Brunswick, procureur général du Manitoba, procureur
général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta et
procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador**

Intervenants

Répertorié : Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée

Référence neutre : 2005 CSC 49.

Nº du greffe : 30411.

2005 : 8 juin; 2005 : 29 septembre.

Présents: La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

en appel de la cour d'appel de la colombie-britannique

Droit constitutionnel – Partage des compétences – Extraterritorialité – Limites aux lois provinciales – Loi provinciale autorisant le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre au civil les fabricants de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits – Contestation de la validité constitutionnelle de la loi par les fabricants de produits du tabac poursuivis par le gouvernement – La loi excède-t-elle les limites territoriales de la compétence législative provinciale? – Loi constitutionnelle de 1867, par. 92(13) – Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30.

Droit constitutionnel – Indépendance judiciaire – Loi provinciale autorisant le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre au civil les fabricants de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits – La loi est-elle inconstitutionnelle en raison de son incompatibilité avec l'indépendance judiciaire? – Les règles de procédure civile prévues dans la loi nuisent-elles à la fonction juridictionnelle du tribunal saisi d'une action? – Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30.

Droit constitutionnel – Primaute du droit – Loi provinciale autorisant le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre au civil les fabricants de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits – La loi est-elle inconstitutionnelle parce qu'elle va à l'encontre de la primauté du droit? – La Constitution exige-t-elle, au moyen de la primauté du droit, que les lois aient un

caractère prospectif, qu'elles soient de nature générale et dépourvues de priviléges spéciaux à l'égard du gouvernement (sauf lorsque le privilège est nécessaire à une gouvernance efficace), en plus d'assurer un procès équitable au civil? – Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30.

La *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act* (la « Loi ») autorise le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre un fabricant de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits. La responsabilité découle de l'exposition de ces personnes à des produits du tabac parce que le fabricant aurait manqué à une obligation qu'il avait envers la population en Colombie-Britannique, et de l'engagement, par le gouvernement, de dépenses au titre des soins de santé pour le traitement des maladies ainsi causées. Les appelants, qui sont tous poursuivis par le gouvernement en vertu de la Loi, contestent sa constitutionnalité. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté les actions intentées par le gouvernement, concluant que la Loi est inconstitutionnelle parce qu'elle ne respecte pas les limites territoriales de la compétence législative provinciale. La cour d'appel a annulé cette décision, concluant que le caractère véritable de la Loi concerne « la propriété et les droits civils dans la province » au sens du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et que ses aspects extraterritoriaux, s'il en est, ont un caractère accessoire. La cour a également conclu que la Loi ne porte pas atteinte à l'indépendance judiciaire ou à la primauté du droit. [1] [21-23]

Arrêt : Les pourvois sont rejetés. La Loi est constitutionnellement valide.

La Loi n'est pas invalide pour cause d'extraterritorialité. La cause d'action qui en constitue le caractère véritable est à juste titre décrite comme se trouvant « dans la province » aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il existe un lien significatif entre la Loi et la province puisqu'un lien solide unit le territoire ayant légiféré (la Colombie-Britannique), l'objet de la Loi (l'indemnisation pour les coûts des soins de santé liés au tabac engagés par le gouvernement de la Colombie-Britannique) et les personnes assujetties à cette Loi (les fabricants de produits du tabac ultimement responsables de ces coûts). La Loi respecte aussi la souveraineté législative des autres ressorts. Bien que la cause d'action puisse, dans une certaine mesure, viser des activités menées à l'extérieur de la Colombie-Britannique, aucun territoire autre que la Colombie-Britannique ne pourrait prétendre à l'existence d'un lien plus fort avec cette cause d'action. Les manquements à une obligation auxquels renvoie la Loi ont, pour la cause d'action qu'elle crée, une importance secondaire; ainsi, le lieu où ces manquements pourraient survenir a peu de rapport, sinon aucun, avec la force du lien qui existe entre la cause d'action et la Colombie-Britannique. [37-38] [40] [43]

La Loi ne viole pas l'indépendance des tribunaux. Un tribunal appelé à instruire une action introduite sous le régime de la Loi conserve en tout temps sa fonction juridictionnelle et sa capacité d'exercer cette fonction sans ingérence. Il doit statuer de façon indépendante sur l'applicabilité de la Loi à la demande présentée par le gouvernement, il doit apprécier de façon indépendante les éléments de preuve soumis à l'appui et à l'encontre de cette demande, il doit évaluer de façon indépendante le poids de cette preuve, et déterminer alors de la même manière si son appréciation de la preuve justifie une conclusion de responsabilité. Le fait que la Loi déplace des fardeaux de la preuve quant à certains éléments propres à une action

globale, ou qu'elle limite la contraignabilité à l'égard de certains renseignements ne fait en aucun cas obstacle, ni en apparence ni en réalité, à la fonction juridictionnelle du tribunal ou à l'une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire. L'indépendance judiciaire peut s'accommoder de l'introduction de règles de procédure civile et de preuve novatrices. [55-56]

La Loi ne met pas en jeu l'application du principe de la primauté du droit dans le sens où cette expression est consacrée dans la Constitution. Sauf pour ce qui est du droit criminel, où l'al. 11g) de la *Charte* limite le caractère prospectif et la rétroactivité de la législation, le principe de la primauté du droit et les dispositions de notre Constitution n'exigent aucunement que les lois aient seulement un caractère prospectif. La Constitution n'exige pas non plus, au moyen de la primauté du droit, que les lois soient de nature générale et dépourvues de privilèges spéciaux à l'égard du gouvernement (sauf lorsque le privilège est nécessaire à une gouvernance efficace), ou qu'elles assurent un procès équitable au civil. Quoi qu'il en soit, les fabricants de tabac poursuivis en application de la Loi subiront un procès équitable au civil : ils ont droit à une audition publique, devant un tribunal indépendant et impartial, et ils peuvent contester les réclamations de la demanderesse et produire des éléments de preuve en défense. Le tribunal ne statuera sur leur responsabilité qu'à l'issue de cette audition, en se fondant exclusivement sur son interprétation du droit qu'il applique à ses conclusions de fait. Le fait que les défendeurs puissent estimer que la Loi est injuste, ou que les règles de procédure qu'elle prescrit sont nouvelles, ne rend pas leur procès inéquitable. [69] [73] [76-77]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989]

1 R.C.S. 1161; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40, 2003 CSC 39; **arrêts mentionnés :** *JTI-Macdonald Corp. c. British Columbia (Attorney General)* (2000), 184 D.L.R. (4th) 335, 2000 BCSC 312; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 R.C.S. 63, 2003 CSC 40; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292, 2005 CSC 20; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, 2005 CSC 44; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Wells*

c. *Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185; *Bacon c. Saskatchewan Crop Insurance Corp.* (1999), 180 Sask. R. 20; *Cusson c. Robidoux*, [1977] 1 R.C.S. 650; *Notre-Dame Hospital c. Patry*, [1975] 2 R.C.S. 388; *Landgraf c. USI Film Products*, 511 U.S. 244 (1994); *In re Spectrum Plus Ltd.*, [2005] 3 W.L.R. 58, [2005] UKHL 41.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d), g).

Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 6(1).

Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 92, 96-100.

Loi constitutionnelle de 1982, préambule.

Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act, S.B.C. 2000, ch. 30.

Tobacco Damages Recovery Act, S.B.C. 1997, ch. 41.

Doctrine citée

Colombie-Britannique. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 20, n° 6, 4^e sess., 36^e lég., 7 juin 2000, p. 16314.

Edinger, Elizabeth. « Retrospectivity in Law » (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 5.

Elliot, Robin. « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution » (2001), 80 *R. du B. can.* 67.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2003, release 1).

Hogg, Peter W., and Cara F. Zwibel. « The Rule of Law in the Supreme Court of Canada » (2005), 55 *U.T.L.J.* 715.

Newman, Warren J. « The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation » (2005), 16 *R.N.D.C.* 175.

Sullivan, R. E. « Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces » (1985), 7 *Sup. Ct. L.R.* 511.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lambert, Rowles et Prowse) (2004), 239 D.L.R. (4th) 412, 199 B.C.A.C. 195; 326 W.A.C. 195, 29 B.C.L.R. (4th) 244, [2004] 9 W.W.R. 230, [2004] B.C.J. No. 1007 (QL), 2004 BCCA 269, qui ont infirmé un jugement du juge Holmes (2003), 227 D.L.R. (4th) 323, [2003] B.C.J. No. 1309 (QL), 2003 BCSC 877. Pourvois rejetés.

David C. Harris, c.r., William S. Berardino, c.r., et Andrea N. MacKay,
pour l'appelante Imperial Tobacco Canada Limitée.

Kenneth N. Affleck, c.r., James A. Macaulay, c.r., Steven Sofer,
Michael Sobkin et Ian G. Christman, pour l'appelante Rothmans, Benson & Hedges Inc.

Jack M. Giles, c.r., Jeffrey J. Kay, c.r., et Dylana R. Bloor, pour
l'appelante JTI-Macdonald Corp.

Argumentation écrite seulement par *Maryanne F. Prohl*, pour l'appelant
le Conseil canadien des fabricants des produits du tabac.

John J. L. Hunter, c.r., Craig P. Dennis, Matthew J. Westphal, pour
l'appelante British American Tobacco (Investments) Limited.

Simon Potter et Cynthia A. Millar, pour les appelantes Philip Morris
Incorporated et Philip Morris International Inc.

Thomas R. Berger, c.r., Daniel A. Webster, c.r., Elliott M. Myers, c.r., et
Craig E. Jones, pour les intimés.

Robin K. Basu et Mark Crow, pour l'intervenant le procureur général de
l'Ontario.

Alain Gingras et Brigitte Bussières, pour l'intervenant le procureur général
du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Edward A. Gores*, pour l'intervenant
le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

John G. Furey, pour l'intervenant le procureur général du
Nouveau-Brunswick.

Eugene B. Szach, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Graeme G. Mitchell, c.r., et R. James yfe, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Donna Ballard et Barbara Barrowman, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Procureurs de l'appelante Imperial Tobacco Canada Limitée : Berardino & Harris, Vancouver.

Procureurs de l'appelante Rothmans, Benson & Hedges Inc. : Macaulay McColl, Vancouver.

Procureurs de l'appelante JTI-Macdonald Corp. : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'appelant le Conseil canadien des fabricants des produits du tabac : Kuhn & Company, Vancouver.

Procureurs de l'appelante British American Tobacco (Investments) Limited : Sugden, McFee & Roos, Vancouver.

Procureurs des appelantes Philip Morris Incorporated et Philip Morris International Inc. : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs des intimés : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Traduction

COUR SUPRÈME DU CANADA

IMPERIAL TOBACCO CANADA LIMITÉE, ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC., JTI-MACDONALD CORP., CONSEIL CANADIEN DES FABRICANTS DES PRODUITS DU TABAC, BRITISH AMERICAN TOBACCO (INVESTMENTS) LIMITED, PHILIP MORRIS INCORPORATED et PHILIP MORRIS INTERNATIONAL INC.

- c. -

SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

- et-

IMPERIAL TOBACCO CANADA LIMITÉE, ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. et JTI-MACDONALD CORP.

- c.-

PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

- et -

PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO, PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC, PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK, PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA, PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN, PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA et PROCUREUR GÉNÉRAL DE TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

CORAM : La Juge en chef et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

LE JUGE MAJOR —

- 1 La *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, ch. 30 (la « Loi ») autorise le gouvernement de la Colombie-Britannique à poursuivre un fabricant de produits du tabac en vue de recouvrer les dépenses engagées par le gouvernement au titre des soins de santé pour le traitement des personnes exposées à ces produits. La responsabilité découle de l'exposition de ces personnes à des produits du tabac parce que le fabricant aurait manqué à une obligation qu'il avait envers la population en Colombie-Britannique, et de l'engagement, par le gouvernement de cette province, de dépenses au titre de soins de santé pour le traitement des maladies ainsi causées.

- 2 Les présents pourvois mettent en cause la constitutionnalité de la Loi. Les appellants, que le gouvernement de la Colombie-Britannique a tous poursuivi en vertu de la Loi, contestent sa constitutionnalité au motif qu'elle viole (1) les limites territoriales de la compétence législative provinciale, (2) le principe de l'indépendance judiciaire, et (3) le principe de la primauté du droit.

- 3 Pour les motifs qui suivent, la Loi est constitutionnellement valide. Les pourvois sont rejetés avec dépens en faveur des intimés dans toutes les cours.

I. Contexte

A. *Les dispositions législatives*

4 La Loi est reproduite intégralement à l'annexe. Ses éléments essentiels sont résumés comme suit.

5 Le paragraphe 2(1) qui constitue la pierre angulaire de la Loi prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] Le gouvernement a contre un fabricant un droit d'action direct et distinct pour le recouvrement du coût des services de soins de santé occasionnés ou favorisés par une faute du fabricant.

6 Les termes [TRADUCTION] « fabricant », « coût des services de soins de santé » et [TRADUCTION] « faute d'un fabricant » sont définis au par. 1(1) de la Loi. Ces définitions renvoient à leur tour à d'autres définitions. Si l'on incorpore ces définitions à l'art. 2 et l'on paraphrase celui-ci quelque peu, la disposition prévoit alors ce qui suit :

Le gouvernement a contre un fabricant un droit d'action direct et distinct pour la valeur actuelle des dépenses engagées et raisonnablement prévues par le gouvernement au titre :

- a) des services au sens de l'*Hospital Insurance Act* ou de la *Medicare Protection Act*;
- b) des versements faits aux termes de la *Continuing Care Act*;
- c) des programmes, des services ou des prestations liés à une maladie; lorsque
 - a) ces dépenses résultent d'une maladie ou d'un risque de maladie causés ou favorisés par une exposition à un produit du tabac;
 - b) cette exposition a été causée ou favorisée, selon le cas, par :
 - (i) un délit commis en Colombie-Britannique par le fabricant;
 - (ii) un manquement par le fabricant à une obligation que lui impose la common law, l'*equity* ou la loi à l'égard de personnes en

Colombie-Britannique qui ont été exposées à un produit du tabac ou qui pourraient l'être.

7 Vu sous cet angle, le par. 2(1) crée une cause d'action permettant au gouvernement de la Colombie-Britannique de recouvrer d'un fabricant de produits du tabac les sommes dépensées pour soigner les malades en Colombie-Britannique, lorsque la maladie est causée par une exposition (entièvement ou en partie en Colombie-Britannique) à un produit du tabac et que cette exposition résulte d'une faute commise en Colombie-Britannique par un fabricant, ou d'un manquement à son obligation envers la population en Colombie-Britannique.

8 Outre le fait qu'il soit [TRADUCTION] « direct et distinct », le droit d'action créé par le par. 2(1) ne constitue pas un droit de recours par subrogation : par. 2(2). Il n'est pas non plus prescrit par la *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266 : par. 6(1). Essentiellement, il peut être exercé de manière globale – c.-à-d. à l'égard d'une population de personnes pour lesquelles le gouvernement a engagé des dépenses ou s'attend raisonnablement à engager des dépenses : al. 2(4)b).

9 Lorsqu'il procède par action globale, le gouvernement peut recourir à des éléments de preuve statistiques, épidémiologiques et sociologiques pour établir le bien-fondé de sa demande : al. 5b). Il n'est pas nécessaire qu'il identifie les membres individuels de la population pour lesquels il présente sa demande, qu'il établisse la cause de la maladie de chaque personne ou qu'il prouve les dépenses engagées à l'égard de chacun : al. 2(5)a). En outre, nul ne peut exiger la production des dossiers et renseignements médicaux concernant ces personnes, sauf s'ils sont invoqués par un témoin expert : al. 2(5)b) et c). Le tribunal peut toutefois ordonner la communication préalable d'un [TRADUCTION] « échantillon statistiquement significatif » des dossiers

médicaux qui concernent ces personnes, expurgés des indices permettant d'identifier les personnes : al. 2(5)*d*) et *e*).

10 Selon les par. 3(1) et 3(2), le gouvernement bénéficie d'une inversion de la charge de la preuve quant à certains éléments propres à une action globale. Lorsque l'action globale, à l'instar de celle intentée contre chacun des appellants, vise à recouvrer les dépenses engagées pour le traitement des maladies causées par une exposition à la cigarette, l'inversion de la charge de la preuve produit son effet. Ainsi, dès que le gouvernement prouve les faits suivants :

- (a) le fabricant défendeur a manqué à une obligation que lui impose la common law, l'*equity* ou la loi à l'égard des personnes en Colombie-Britannique qui ont été exposées à la cigarette ou pourraient l'être;
- (b) une exposition à la cigarette peut causer ou contribuer à causer une maladie;
- (c) pendant la période où le fabricant manque à son obligation, des cigarettes fabriquées ou annoncées par lui ont été offertes en vente en Colombie-Britannique;

le tribunal présumera que :

- (a) la population à l'égard de laquelle le gouvernement intente une action globale n'aurait pas été exposée à la cigarette n'eût été le manquement du fabricant;
- (b) cette exposition a causé ou a contribué à causer la maladie chez une partie de la population à l'égard de laquelle le gouvernement a intenté l'action globale.

11 De cette façon, il incombe au défendeur fabricant de démontrer que le manquement à son obligation n'est pas à l'origine de l'exposition, ou que l'exposition résultant du manquement à son obligation n'est pas à l'origine de la maladie à l'égard de laquelle le gouvernement réclame le remboursement de ses dépenses. Le fabricant doit s'acquitter du fardeau de la preuve inversé selon la prépondérance des probabilités : par. 3(4).

12 Lorsque les présomptions mentionnées plus haut s'appliquent, le tribunal doit déterminer la partie des dépenses engagées par le gouvernement, après la date à laquelle le fabricant a manqué à son obligation, qui résulte de l'exposition à la cigarette : al. 3(3)a). Le fabricant devient responsable de ces dépenses au prorata de sa part du marché des cigarettes en Colombie-Britannique, calculée en fonction de la période comprise entre la date où il a pour la première fois manqué à son obligation et celle du procès : al. 3(3)b) et par. 1(6).

13 Dans le cadre d'une action intentée par le gouvernement, un fabricant sera solidairement responsable des dépenses découlant d'un manquement commun à une obligation (c.-à-d. à l'égard des dépenses occasionnées par la maladie, laquelle maladie

résulte d'une exposition, elle-même causée par un manquement commun à une obligation imposée au fabricant) : par. 4(1).

14 Selon l'art. 10, toutes les dispositions de la Loi ont un effet rétroactif.

15 La Loi est la deuxième loi de la Colombie-Britannique visant à permettre au gouvernement de poursuivre les fabricants de produits du tabac pour recouvrer le coût des soins de santé liés au tabac dont la constitutionnalité est contestée. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a annulé la loi antérieure, la *Tobacco Damages Recovery Act*, S.B.C. 1997, ch. 41, parce qu'elle touchait aux droits civils extraprovinciaux par son caractère véritable et était donc *ultra vires* de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique : voir *JTI-Macdonald Corp. c. British Columbia (Attorney General)* (2000), 184 D.L.R. (4th) 335, 2000 BCSC 312.

16 L'historique législatif de la Loi confirme qu'elle a été conçue pour répondre aux préoccupations suscitées par les aspects extraterritoriaux de la loi antérieure et pour éviter toute contestation future à ce sujet : voir *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 20, n° 6, 4^e sess., 36^e lég. (7 juin 2000), p. 16314.

B. *Historique des procédures judiciaires*

17 La Loi est entrée en vigueur le 24 janvier 2001. Le même jour, le gouvernement a intenté, en vertu de l'art. 2 de la Loi, une action devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique contre 14 organismes de l'industrie du tabac .

18 Les appelants se retrouvent parmi les 14 organismes poursuivis par le gouvernement. Les appelants Imperial Tobacco Canada Limited, Rothmans, Benson & Hedges Inc., JTI-Macdonald Corp. et le Conseil canadien des fabricants des produits du tabac sont des sociétés canadiennes et ont reçu signification de l'action en Colombie-Britannique. Les appelantes Philip Morris Incorporated (maintenant Philip Morris USA Inc.) et Philip Morris International Inc. sont respectivement constituées sous le régime des lois de la Virginie et du Delaware et ont reçu signification *ex juris*. L'appelante British American Tobacco (Investments) Limited est constituée sous le régime des lois du Royaume-Uni et a également reçu signification *ex juris*.

19 Les appelants canadiens ont sollicité un jugement déclarant que la Loi est inconstitutionnelle. Les appelants ayant reçu signification *ex juris* ont demandé l'annulation de ces significations au motif qu'en raison de l'inconstitutionnalité de la Loi, les actions intentées par le gouvernement sous son autorité sont vouées à l'échec.

20 Tout au cours de l'instance, la contestation constitutionnelle soulevée par les appelants a été essentiellement tripartite. Les appelants soutiennent que la Loi excède les limites territoriales de la compétence législative provinciale, qu'elle viole l'indépendance judiciaire et qu'elle porte atteinte au principe de la primauté du droit.

II. Les jugements antérieurs

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* ((2003), 227 D.L.R. (4th) 323, 2003 BCSC 877)

21 Le juge Holmes a rejeté les prétentions des appellants concernant l'indépendance judiciaire et la primauté du droit, mais il a retenu celles portant sur l'extraterritorialité. Il a conclu toutefois que la Loi ne respecte pas les limites territoriales de la compétence législative provinciale parce que, à son avis, l'exposition aux produits du tabac qui donne naissance à une responsabilité n'est pas circonscrite territorialement, et que la Loi a pour objet de recouvrer le coût des soins de santé « de l'industrie du tabac sur les plans national et international » (par. 222).

22 En conclusion, le juge Holmes a déclaré la Loi non valide, a rejeté les actions intentées par le gouvernement en vertu de la Loi et a annulé toutes les significations *ex juris* faites par le gouvernement.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* ((2004), 239 D.L.R. (4th) 412, 2004 BCCA 269)

23 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli les appels des intimés. Les juges Lambert, Rowles et Prowse ont conclu que le caractère véritable de la Loi concerne « la propriété et les droits civils dans la province » au sens du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que ses aspects extraterritoriaux, s'il en est, n'ont qu'un caractère accessoire et que, par conséquent, elle n'est pas invalide

pour cause d'extraterritorialité. Tous ont reconnu que la Loi ne porte pas atteinte à l'indépendance judiciaire ou à la primauté du droit.

24 En conclusion, la cour a rejeté les demandes des appellants visant à obtenir un jugement déclarant que la Loi n'est pas valide, elle a annulé les ordonnances du juge Holmes rejetant les actions du gouvernement et elle a renvoyé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique les demandes d'annulation des significations formées par les appellants ayant reçu significations *ex juris* pour qu'elle statue sur ces demandes en tenant pour acquis que la Loi est constitutionnellement valide.

III. Questions en litige

25 La juge en chef McLachlin a énoncé les questions constitutionnelles suivantes :

1. La *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, ch. 30, est-elle *ultra vires* de la législature provinciale pour cause d'extraterritorialité?
2. La *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, ch. 30, est-elle inconstitutionnelle, en tout ou en partie, en raison de son incompatibilité avec l'indépendance judiciaire?
3. La *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, ch. 30, est-elle inconstitutionnelle, en tout ou en partie, parce qu'elle va à l'encontre de la primauté du droit?

IV. Analyse

A. *L'extraterritorialité*

26 L'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est la source première du pouvoir de légiférer des législatures provinciales. Les lois provinciales doivent donc respecter les limites, territoriales et autres, de la compétence législative provinciale que l'on trouve à l'art. 92. Le passage liminaire de l'art. 92 – « Dans chaque province » – constitue une limite territoriale générale aux pouvoirs des provinces. Cette limite est reprise dans une expression semblable qui atténue la portée d'un certain nombre de chefs de compétence figurant à l'art. 92 : « dans la province ».

27 Les limites territoriales de la compétence législative provinciale reflètent les exigences d'ordre et d'équité qui sous-tendent les structures fédérales canadiennes et la Cour les a examinées dans *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1102-1103, *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 324-325, et *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 R.C.S. 63, 2003 CSC 40, par. 56. Elles servent à assurer que les lois provinciales conservent un lien utile avec la province qui les adopte et qu'elles respectent « la souveraineté législative des autres provinces dans leurs champs de compétence respectifs » : *Unifund*, par. 51. Voir également, de façon générale, R. E. Sullivan, « Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces » (1985), 7 *Sup. Ct. L.R.* 511.

28 Dans le cas où la validité d'une loi provinciale est contestée pour le motif qu'elle viole les limites territoriales de la compétence législative provinciale, l'analyse

porte essentiellement sur son caractère véritable. Si le caractère véritable de la loi se rapporte à des matières qui relèvent du domaine de la compétence législative des provinces, la loi est valide. Ses aspects extraprovinciaux accessoires ou indirects restent sans pertinence pour l'appréciation de sa validité. Voir *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297 (« *Churchill Falls* »), p. 332, et *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 1, par. 24.

- 29 Dans la recherche de son caractère véritable, le tribunal précise l'essence ou la caractéristique dominante de la loi : voir *Global Securities Corp.*, par. 22, et *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 16. Pour ce faire, il peut se reporter à l'objet et aux effets de la loi : voir *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 53. Voir également *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292, 2005 CSC 20, par. 20.
- 30 Lorsque le caractère véritable d'une loi se rapporte à une matière tangible – c.-à-d. une chose tangible et observable – la question de savoir si la loi respecte les limites territoriales prévues à l'art. 92 se résout facilement. Il suffit de vérifier l'endroit où se trouve cette chose. Si elle se trouve dans la province, les limites ont été respectées et la loi est valide. Si elle se trouve à l'extérieur de la province, les limites ont alors été violées et la loi est invalide.

- 31 Lorsque le caractère véritable d'une loi se rapporte à une matière intangible, la qualification devient plus complexe. C'est le cas en l'espèce.

32 De par son caractère véritable, la Loi vise simplement la création d'une cause d'action civile. Plus particulièrement, il s'agit de la création d'une cause d'action civile par laquelle le gouvernement de la Colombie-Britannique peut chercher à être indemnisé de certains coûts qu'il a engagés au titre des soins de santé. Les causes d'action civile relèvent de la compétence législative provinciale conférée au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* : « La propriété et les droits civils dans la province ». Voir *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 672.

33 Mais le par. 92(13) ne mentionne pas « la propriété et les droits civils » situés ailleurs. Son texte vise seulement « la propriété et les droits civils dans la province ». Et, je le répète, sa portée est atténuée, comme tous les chefs de compétence provinciale, par le passage liminaire de l'art. 92 : « [D]ans chaque province ». Il faut alors trouver une façon de déterminer si une matière intangible, telle que la cause d'action constituant le caractère véritable de la Loi, se situe « dans la province ».

34 L'arrêt *Churchill Falls* portait sur une question semblable. Dans cet arrêt, le juge McIntyre devait statuer sur une loi de Terre-Neuve qui, de par son caractère véritable, visait à modifier des droits existant en vertu d'un contrat conclu entre Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited et la Commission Hydro-Électrique du Québec. Puisque l'entité investie de ces droits (soit la Commission) était constituée au Québec et que les parties avaient convenu que les tribunaux du Québec avaient compétence exclusive pour trancher les différends concernant leur contrat, le juge McIntyre a considéré que les droits créés par cette entente étaient situés au

Québec. La loi de Terre-Neuve qui visait à modifier ces droits était de ce fait invalide. En effet, elle se rapportait aux droits civils, mais non aux droits civils « dans la province ».

35 La méthode adoptée par le juge McIntyre pour localiser les droits civils constituant le caractère véritable de la loi terre-neuvienne illustre le rôle, signalé par le juge Binnie dans *Unifund*, par. 63, que jouent « le lien entre le territoire ayant légiféré, l'objet du texte de loi en cause et [les] personne[s] qu'on entendait assujettir à celui-ci » dans la détermination de la validité d'une loi dont on allègue la portée indûment extraterritoriale. Dans *Churchill Falls*, l'examen de ce lien a révélé que les droits civils intangibles constituant le caractère véritable de la loi de Terre-Neuve en litige n'avaient pas de lien significatif avec la province ayant légiféré et qu'ils ne pouvaient validement faire l'objet que d'une loi québécoise. En termes légèrement différents, si la loi terre-neuvienne contestée avait pu réglementer ces droits civils, aucun des objectifs qui sous-tendent les limites territoriales prévues à l'art. 92 n'auraient été respectés. Il s'ensuit que ces droits civils devaient être considérés comme se trouvant hors de la portée territoriale de la compétence législative de Terre-Neuve conférée par l'art. 92.

36 À la lumière de ce qui précède, on constate qu'une analyse en plusieurs étapes peut être nécessaire pour déterminer si, par son caractère véritable, une loi provinciale respecte les limites territoriales de la compétence législative provinciale. La première étape consiste à déterminer le caractère véritable, ou la caractéristique dominante, de la loi contestée, ainsi que le chef de compétence provinciale dont elle pourrait relever. En supposant qu'il soit possible d'établir le chef de compétence approprié, la deuxième étape consiste à déterminer si le caractère véritable respecte les

limites territoriales de ce chef de compétence – c.-à-d., s'il se trouve dans la province.

Si le caractère véritable est tangible, la question de savoir s'il se trouve dans la province se règle simplement sur la base de son emplacement physique. S'il est intangible, le tribunal doit examiner le lien entre le territoire ayant légiféré, l'objet du texte de loi en cause et les personnes qui y sont assujetties, afin de déterminer si la loi, dans le cas où elle est maintenue, respecte le double objet des limites territoriales prévues à l'art. 92 (à savoir, s'assurer que la loi provinciale a un lien significatif avec la province qui l'adopte et qu'elle respecte la souveraineté législative des autres territoires). Le cas échéant, l'objet véritable de la loi devrait être considéré comme situé dans la province.

- 37 En l'espèce, la cause d'action qui constitue le caractère véritable de la Loi sert exclusivement à faire en sorte que les personnes ultimement responsables des maladies liées au tabac dont souffrent les Britano-Colombiens – à savoir, les fabricants de produits du tabac qui, par leurs actes fautifs, ont exposé au tabac ces Britano-Colombiens – deviennent responsables des frais engagés par le gouvernement de la Colombie-Britannique pour le traitement de ces maladies. Il existe donc un lien solide entre le territoire ayant légiféré (la Colombie-Britannique), l'objet de la loi (l'indemnisation pour les coûts des soins de santé liés au tabac engagés par le gouvernement de la Colombie-Britannique) et les personnes assujetties à cette loi (les fabricants de produits du tabac ultimement responsables de ces coûts). On peut alors conclure facilement à l'existence d'un lien significatif entre la Loi et la province.

- 38 La Loi respecte la souveraineté législative des autres ressorts. Bien que la cause d'action qui en constitue le caractère véritable puisse, dans une certaine mesure, viser des activités menées à l'extérieur de la Colombie-Britannique, aucun territoire

autre que la Colombie-Britannique ne pourrait prétendre à l'existence d'un lien plus fort avec cette cause d'action. En effet, un lien critique et exclusif les unit en tout temps : le recouvrement qu'autorise l'action se rapporte aux dépenses engagées par le gouvernement de la Colombie-Britannique pour les soins de santé des Britanno-Colombiens.

39 Pour déterminer si la Loi respecte les limites territoriales de la compétence législative de la Colombie-Britannique, les appellants et la Cour d'appel ont fortement insisté sur la question de savoir si, sur la plan de l'interprétation législative, le manquement à une obligation par un fabricant, qui est une condition nécessaire à sa responsabilité suivant la cause d'action créée par la Loi, doit survenir en Colombie-Britannique. Cette instance était excessive, et ce pour deux raisons.

40 Premièrement, l'élément déterminant de la cause d'action créée par la Loi demeure l'indemnisation des coûts engagés par le gouvernement de la Colombie-Britannique au titre des soins de santé, et non la correction des manquements aux obligations des fabricants de produits du tabac. La Loi fait de l'existence d'une violation d'une obligation une des diverses conditions préalables à l'établissement de la responsabilité du fabricant envers le gouvernement, mais ce n'est pas cette faute que vise la cause d'action créée par la Loi. La Loi laisse la réparation des manquements à une telle obligation aux dispositions législatives qui sont à l'origine de cette obligation. Ainsi, les manquements à une obligation auxquels renvoie la Loi ont, pour la cause d'action qu'elle crée, une importance secondaire, et le lieu où ces manquements pourraient survenir a peu de rapport, sinon aucun, avec la force du lien qui existe entre la cause d'action et le territoire ayant légiféré.

41 Ensuite, et en tout état de cause, seuls sont pertinents pour l'application de la Loi les manquements à des obligations envers [TRADUCTION] « des personnes en Colombie-Britannique » (par. 1(1), les [TRADUCTION] « faute[s] d'un fabricant », al. 3(1)a)) qui sont à l'origine des dépenses engagées par le gouvernement de la Colombie-Britannique au titre des soins de santé. Donc, même si l'existence d'un manquement à une obligation était l'élément central de la cause d'action créée par la Loi (ce qu'elle n'est pas), cette dernière demeurerait fortement liée à la Colombie-Britannique.

42 La question de savoir si d'autres éléments mentionnés dans la Loi, tels que l'exposition et la maladie, doivent survenir en Colombie-Britannique s'avère autant, sinon plus, dépourvue de pertinence pour la validité de la Loi. Ces éléments appartiennent aussi aux conditions préalables au succès d'une action intentée en vertu de la Loi et leur importance demeure secondaire quant à la validité de la Loi.

43 Il s'ensuit que la cause d'action qui constitue le caractère véritable de la Loi est à juste titre décrite comme se trouvant « dans la province ». La Loi n'est pas invalide pour cause d'extraterritorialité puisqu'elle est, par son caractère véritable, liée à « la propriété et les droits civils dans la province » aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

B. *L'indépendance judiciaire*

44 L'indépendance judiciaire est reconnue comme un « principe fondamental » de la Constitution qui se reflète à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi qu'aux art. 96 à 100 et dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de*

1867 : Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 109. Elle est un moyen de « préserver notre ordre constitutionnel et de maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice » : *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35, par. 29. Voir aussi *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42, par. 80-81.

45 L'indépendance judiciaire consiste essentiellement en la liberté « de rendre des décisions que seules les exigences du droit et de la justice inspirent » : *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finance)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 37. Elle requiert que les juges soient libres d'agir sans « ingérence [indue] de la part de quelque autre entité » (*Ell*, par. 18) – c.-à-d. que les pouvoirs exécutif et législatif du gouvernement ne doivent pas « empiéter sur les ‘pouvoirs et fonctions’ essentiels du tribunal » (*MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, p. 827-828). Voir aussi *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 686-687, *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 73 et 75, *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 152-154, *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57, par. 57, et *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 87.

46 L'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative constituent les trois « caractéristiques essentielles » ou « conditions essentielles » de l'indépendance judiciaire : *Valente*, p. 694, 704 et 708, et *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, par. 115. Leur maintien est indispensable à l'indépendance judiciaire. Il faut qu'« une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances » les perçoive comme étant sauvegardées : *Mackin*, par. 38 et 40, et *Assoc. des juges de la Cour provinciale du*

Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice), 2005 CSC 44, par. 6.

47 Or, même lorsque les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire existent, et qu'elles sont raisonnablement perçues comme telles, l'indépendance judiciaire elle-même n'est pas nécessairement assurée. La question critique est de savoir si la cour est libre, et raisonnablement perçue comme étant libre, d'exercer sa fonction juridictionnelle sans ingérence de la part de qui que ce soit, y compris des pouvoirs exécutif et législatif du gouvernement. Voir, par exemple, *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 82-92.

48 Les appellants soutiennent que la Loi viole l'indépendance judiciaire, tant dans les faits qu'en apparence, parce qu'elle contient des règles de procédure civile qui nuisent à la fonction juridictionnelle du tribunal saisi d'une action intentée sous le régime de la Loi. Ils attirent l'attention sur le par. 3(2) qui, affirment-ils, oblige le tribunal à tirer des présomptions irrationnelles, et sur les al. 2(5)a), b) et c) qui, selon eux, empêchent le tribunal de découvrir certains faits pertinents. Ils prétendent que ces règles empiètent sur la fonction d'appréciation des faits par le tribunal et qu'elles garantissent pratiquement que le gouvernement aura gain de cause dans une action intentée en vertu de la Loi.

49 Les règles prévues par la Loi que contestent les appellants ne sont pas aussi injustes ou illogiques que ceux-ci le prétendent. Elles semblent faire écho à des préoccupations d'intérêt général légitimes de la législature de la Colombie-Britannique à l'égard des avantages systémiques dont bénéficient les fabricants de produits du tabac lorsque des réclamations relatives aux méfaits du tabac sont soumises aux tribunaux

par voie d'action de common law individuelle en responsabilité civile. Là n'est toutefois pas la question. Il ne s'agit pas de déterminer si les règles prévues par la Loi sont injustes ou illogiques, ni si elles diffèrent de celles régissant les actions de common law en responsabilité civile, mais plutôt si elles interfèrent avec la fonction juridictionnelle des tribunaux et, partant, à l'indépendance judiciaire.

50 Le rôle principal des tribunaux est d'interpréter et d'appliquer le droit, qu'il soit procédural ou substantif, aux affaires qui leurs sont soumises. Ils doivent entendre et apprécier, conformément à la loi, la preuve pertinente aux questions de droit qui leurs sont posées et accorder aux parties les réparations qui s'offrent à eux.

51 Les tribunaux participent dans une certaine mesure à l'évolution du droit qu'il leur appartient d'appliquer. Grâce, par exemple, à l'interprétation qu'ils donnent aux lois, au contrôle qu'ils exercent sur les décisions administratives et à l'évaluation qu'ils font de la constitutionnalité des lois, ils peuvent grandement faire avancer le droit. Ils peuvent aussi faire évoluer progressivement l'ensemble des décisions antérieures – c.-à-d., la common law – afin d'adapter les règles de droit qu'elles comportent « aux changements sociaux » : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 666. Voir également *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 91 et 92. Mais le rôle des tribunaux dans l'évolution du droit reste relativement limité. « [E]n régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c'est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale » : *Salituro*, p. 670.

52 Il s'ensuit que le rôle des tribunaux n'est pas, comme les appellants semblent le prétendre, d'appliquer seulement le droit qu'ils approuvent. Il ne s'agit pas

non plus pour eux de rendre des décisions simplement à la lumière de ce qu'ils (plutôt que le droit) estiment juste ou pertinent. Leur rôle ne consiste pas d'avantage à remettre en question la réforme du droit entreprise par le législateur, bien qu'elle introduise une nouvelle cause d'action ou des règles de procédure la régissant. Dans les limites de la Constitution, les législatures peuvent définir le droit comme bon leur semble. « Seuls les électeurs peuvent débattre de la sagesse et de la valeur des décisions législatives » : *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 59.

53 Essentiellement, les arguments des appellants reflètent mal la nature et la portée de la fonction juridictionnelle des tribunaux, protégée de l'ingérence par la garantie d'indépendance judiciaire prévue dans la Constitution. Accepter leur point de vue sur cette fonction juridictionnelle reviendrait à reconnaître une garantie constitutionnelle, non pas à l'indépendance judiciaire, mais à la gouvernance judiciaire.

54 Cela ne signifie pas qu'une loi, en tant que règle de droit, ne peut jamais faire inconstitutionnellement obstacle à la fonction juridictionnelle des tribunaux. Mais il faut plus qu'une allégation selon laquelle le contenu de la loi dont l'application relève de la fonction juridictionnelle est illogique ou injuste, ou que la loi prescrit des règles différentes de celles établies en common law. La loi doit faire obstacle, ou être raisonnablement perçue comme faisant obstacle, à la fonction juridictionnelle des tribunaux ou aux conditions essentielles de l'indépendance judiciaire. Dans ses motifs, la juge en chef McLachlin affirme ce qui suit dans *Babcock*, par. 57 :

[l]a législature a entièrement compétence pour édicter des lois – et même des lois que certains peuvent considérer draconniennes –, à condition de ne pas nuire ni faire obstacle sous un aspect fondamental aux rapports entre les tribunaux et les autres composantes du gouvernement.

55 L'édition de la Loi par la législature n'a porté atteinte à aucun aspect fondamental de la fonction juridictionnelle des tribunaux. Un tribunal appelé à instruire une action introduite sous le régime de la Loi conserve en tout temps sa fonction juridictionnelle et sa capacité d'exercer cette fonction sans ingérence. Il doit statuer de façon indépendante sur l'applicabilité de la Loi à la demande présentée par le gouvernement, comme il doit apprécier de façon indépendante les éléments de preuve soumis à l'appui et à l'encontre de cette demande. Il doit aussi évaluer de façon indépendante le poids de cette preuve, et alors il doit déterminer, de la même manière, si son appréciation de la preuve justifie une conclusion de responsabilité. Le fait que la Loi déplace certains fardeaux de la preuve, ou qu'elle limite la contraignabilité à l'égard de renseignements que les appellants estiment pertinents, ne fait en aucun cas obstacle, ni en apparence ni en réalité, à la fonction juridictionnelle du tribunal ou à l'une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire. L'indépendance judiciaire peut s'accommoder de l'introduction de règles de procédure civile et de preuve novatrices.

56 Pour ces raisons, la prétention des appellants selon laquelle la Loi viole l'indépendance des tribunaux et qu'elle est donc inconstitutionnelle ne saurait être retenue.

C. *La primauté du droit*

57 La primauté du droit constitue [TRADUCTION] « un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle » (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 142) qui repose « à la base de notre système de gouvernement » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 70). Elle est

reconnue de manière explicite dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et de manière implicite dans celui de la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 750.

- 58 La Cour a décrit la primauté du droit comme embrassant trois principes. Le premier reconnaît que « le droit est au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire » : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, p. 748. Le deuxième « exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif » : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, p. 749. Selon le troisième, « les rapports entre l'État et les individus doivent être régis par le droit » : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 71.
- 59 Lorsqu'on l'interprète de cette manière, il est difficile de concevoir que la primauté du droit puisse servir à invalider une loi comme celle qui nous occupe en raison de son contenu. Cela tient au fait qu'aucun des principes qu'embrasse la primauté du droit ne vise directement les termes de la loi. Le premier principe requiert que les lois soient appliquées à tous ceux, incluant les représentants gouvernementaux, à qui, de par leur libellé, elles doivent s'appliquer. Le deuxième principe signifie que les lois doivent exister. Quant au troisième principe, lequel chevauche dans une certaine mesure le premier et le deuxième, il exige que les mesures prises par les représentants de l'État s'appuient sur des lois. Voir R. Elliot, « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution » (2001), 80 *R. du B. can.* 67, p. 114-115.

60 Cela ne signifie pas que la primauté du droit, telle que décrite par cette Cour, n'a aucune force normative. Comme l'a affirmé la juge en chef McLachlin dans *Babcock*, par. 54, les « principes constitutionnels non écrits », incluant la primauté du droit, « [peuvent] limiter les actes du gouvernement ». Voir aussi *Renvoi sur la sécession du Québec*, par. 54. Mais les actes du gouvernement qui limite la primauté du droit, comme l'entendent le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* et le *Renvoi sur la sécession du Québec*, sont habituellement, par définition, ceux des pouvoirs exécutif et judiciaire. Les actes du pouvoir législatif sont aussi limités, mais seulement dans le sens où ils doivent respecter des conditions légales de manière et de forme (c.-à-d., les procédures d'adoption, de modification et d'abrogation des lois).

61 Il reste que la question de savoir quels autres principes, s'il en est, la primauté du droit devrait embrasser, et dans quelle mesure ils pourraient entraîner l'invalidation d'une loi en raison de son contenu, soulève beaucoup de controverse. À ce propos, P. W. Hogg et C. F. Zwibel ont écrit ces commentaires dans « *The Rule of Law in the Supreme Court of Canada* » (2005), 55 *U.T.L.J.* 715, p. 717-718 :

[TRADUCTION] De nombreux auteurs ont tenté de définir la primauté du droit et d'expliquer son importance ou son manque d'importance. Leurs vues couvrent un large spectre [...] Selon T.R.S. Allan par exemple, les lois qui ne respectent pas l'égalité et la dignité humaine des personnes sont contraires à la primauté du droit. Luc Tremblay affirme que la primauté du droit inclut le principe libéral, le principe démocratique, le principe constitutionnel et le principe fédéral. Pour Allan et Tremblay, la primauté du droit n'exige pas simplement le respect du droit positif, mais l'intégration d'une certaine vision de justice sociale. David Beatty propose une autre conception importante en soutenant que l'« absolue primauté du droit » est un principe de « proportionnalité » auquel toutes les lois doivent se conformer sous peine d'invalidité (mise en oeuvre par un contrôle judiciaire). Au milieu du spectre se situent ceux qui, à l'instar de Joseph Raz, admettent que la primauté du droit représente un idéal de légalité constitutionnelle qui suppose des règles de droit transparentes, stables, claires et générales, l'impartialité de leur application, l'indépendance des tribunaux et le contrôle judiciaire des actes administratifs. Raz reconnaît que le respect de la primauté du droit est

souvent une question de degré, et que le manquement à ce principe ne mène pas à l'invalidité.

Voir également W. J. Newman, « The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation » (2005), 16 *R.N.D.C.* 175, p. 177-180.

62 Ce débat souligne le caractère judicieux d'une remarque du juge d'appel Strayer dans *Singh c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 185 (C.A.), par. 33, selon qui « [c]eux qui prônent ou défendent quelque chose en particulier tendent à voir dans le principe de la primauté du droit tout ce qui conforte leur vue de ce que doit être la loi ».

63 Il est possible d'affirmer en toute objectivité que les conceptions qu'offrent les appellants de la primauté du droit se situent à l'une des extrémités du spectre des conceptions possibles. Elles valident ainsi la remarque du juge Strayer. Les appellants plaignent en effet que la primauté du droit exige que la loi (1) soit prospective, (2) qu'elle soit de nature générale, (3) qu'elle ne confère aucun privilège spécial au gouvernement, sauf pour les besoins d'une gouvernance efficace, et (4) qu'elle assure un procès équitable au civil. Ils soutiennent alors que la Loi contrevient à chacune des ces exigences, ce qui la rendrait invalide.

64 Un bref examen de la jurisprudence de notre Cour révélera qu'aucune des ces exigences ne jouit d'une protection constitutionnelle au Canada. Mais, avant de s'engager dans cet examen, il importe de noter que le fait de reconnaître la valeur constitutionnelle de conceptions de la primauté du droit analogues à celles que défendent les appellants compromettrait gravement la légitimité du contrôle judiciaire

des lois fondé sur la Constitution. Deux raisons distinctes, mais interreliées, expliquent cette conclusion.

65

D'une part, plusieurs des exigences de la primauté du droit proposées par les appellants sont simplement des versions élargies des droits protégés par la *Charte*. Par exemple, l'exigence relative à la tenue d'un procès équitable que proposent les appellants constitue essentiellement une version élargie de l'al. 11d) de la *Charte*, qui dispose que « [t]out inculpé a le droit [...] à [...] un procès public et équitable ». Mais les rédacteurs de la *Charte* ont garanti ce droit à un procès équitable aux seules personnes « inculpées ». Si la primauté du droit exigeait sur le plan constitutionnel que toutes les lois prévoient la tenue d'un procès équitable, cette exigence priverait l'al. 11d), dont la portée est relativement limitée (sans compter la restriction apportée par l'article premier), d'une grande partie de sa pertinence parce que tous auraient le droit, non écrit mais constitutionnel, à un « procès [...] équitable ». (Bien que, comme je l'indique au par. 76 ci-après, la Loi prévoit de toute manière la tenue d'un procès équitable.) Ainsi, la conception qu'ont les appellants du principe constitutionnel non écrit de la primauté du droit rendrait superflu un bon nombre de nos droits constitutionnels écrits. Elle compromettrait ainsi la délimitation de ces droits établie par les rédacteurs de notre Constitution. Ces difficultés expliquent la prudence recommandée par notre Cour à ce propos dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, par. 53 :

Étant donné l'existence de ces principes constitutionnels sous-jacents, de quelle façon notre Cour peut-elle les utiliser? Dans le [*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*], aux par. 93 et 104, nous avons apporté la réserve que la reconnaissance de ces principes constitutionnels [...] n'est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution. Bien au contraire, nous avons réaffirmé qu'il existe des raisons impératives d'insister sur la primauté de notre Constitution écrite. Une constitution écrite favorise la certitude et la

prévisibilité juridiques, et fournit les fondements et la pierre de touche du contrôle judiciaire en matière constitutionnelle. [Je souligne.]

66 D'autre part, les arguments des appellants ne tiennent pas compte du fait que plusieurs principes constitutionnels autres que la primauté du droit reconnus par notre Cour – plus particulièrement, la démocratie et le constitutionnalisme – militent très fortement en faveur de la confirmation de la validité des lois qui respectent les termes exprès de la Constitution (et les exigences, telles que l'indépendance judiciaire, qui découlent de ces termes par déduction nécessaire). Autrement dit, les arguments soulevés par les appellants ne reconnaissent pas que, dans une démocratie constitutionnelle telle que la nôtre, la protection contre une loi que certains pourraient considérer injuste ou inéquitable ne réside pas dans les principes amorphes qui sous-tendent notre Constitution, mais dans son texte et dans l'urne électorale. Voir *Bacon c. Saskatchewan Crop Insurance Corp.* (1999), 180 Sask. R. 20 (C.A.), par. 30, Elliot, p. 141-142, Hogg et Zwibel, p. 718, et Newman, p. 187.

67 La primauté du droit n'est pas une invitation à banaliser ou à remplacer les termes écrits de la Constitution. Il ne s'agit pas non plus d'un instrument permettant à celui qui s'oppose à certaines mesures législatives de s'y soustraire. Au contraire, elle exige des tribunaux qu'ils donnent effet au texte constitutionnel, et qu'ils appliquent, quels qu'en soient les termes, les lois qui s'y conforment.

68 Un examen des décisions montrant que chacune des exigences proposées par les appellants à l'égard de la primauté du droit ne jouit, en jurisprudence, d'aucune protection constitutionnelle met un terme à leurs arguments à ce sujet.

(1) Le caractère prospectif de la Loi

69 Sauf en droit criminel, où l'al. 11g) de la *Charte* limite le caractère prospectif et la rétroactivité de la législation, le principe de la primauté du droit et les dispositions de notre Constitution n'exigent aucunement que les lois aient seulement un caractère prospectif. Le professeur P. W. Hogg expose avec précision l'état du droit sur ce point (dans *Constitutional Law of Canada*, (éd. feuilles mobiles), vol 1, p. 48-29) :

[TRADUCTION] Sous réserve de l'al. 11g), le droit constitutionnel canadien n'interdit pas la rétroactivité (ou les lois *ex post facto*). En matière d'interprétation législative, il faut présumer qu'une loi n'a pas d'effet rétroactif, mais si cet effet est clairement exprimé, il n'y a alors place à aucune interprétation et la loi prend effet au moment prévu. Les lois rétroactives sont en fait courantes.

70 Ainsi, dans *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, p. 1192, le juge La Forest, s'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour, a affirmé « que la Constitution n'interdit pas » l'adoption d'une taxe rétroactive. Et dans *Cusson c. Robidoux*, [1977] 1 R.C.S. 650, p. 655, le juge Pigeon a écrit, au nom de la Cour, qu'il serait « futile » de laisser croire qu'une loi est inconstitutionnelle parce qu'elle fait revivre des actions déjà jugées prescrites par notre Cour (dans *Hôpital Notre-Dame c. Patry*, [1975] 2 R.C.S. 388).

71 Il 'existe aussi aucune une exigence générale que la législation ait une portée uniquement prospective, même si une loi rétrospective et rétroactive peut renverser des expectatives bien établies et être parfois perçue comme étant injuste : voir E. Edinger, « Retrospectivity in Law » (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 5, p. 13. Ceux qui partagent cette perception seront peut-être rassurés par les règles d'interprétation

législative qui imposent au législateur d'indiquer clairement les effets rétroactifs ou rétrospectifs souhaités. Ces règles garantissent que le législateur a réfléchi aux effets souhaités et [TRADUCTION] « a conclu que les avantages de la rétroactivité [ou du caractère rétrospectif] l'emportent sur les possibilités de perturbation ou d'iniquité »:
Landgraf v. USI Film Products, 511 U.S. 244 (1994), p. 268.

72

Il convient aussi de faire remarquer que la jurisprudence en common law a toujours eu un effet à la fois rétroactif et rétrospectif. Lord Nicholls of Birkenhead a récemment expliqué ce point dans *In Re Spectrum Plus Ltd.*, [2005] 3 W.L.R. 58, [2005] UKHL 41, par. 7 :

[TRADUCTION] Une décision judiciaire qui modifie le droit tel qu'on le connaissait jusqu'alors s'applique d'une façon rétrospective aussi bien que prospective. La décision aura un effet rétrospectif dans la mesure où les parties en litige sont concernées, comme c'était le cas du fabricant de bière au gingembre dans *Donoghue c. Stevenson* [1932] AC 562. Lorsque M. Stevenson a fabriqué, embouteillé et vendu sa bière au gingembre, l'interprétation généralement donnée à la loi sur la responsabilité des fabricants aurait pu être celle que lui ont donnée les juges majoritaires de la deuxième division de la Cour de session et la minorité des lords juges dans cette affaire. Mais dans l'action intentée par M^{me} Donoghue contre M. Stevenson, les obligations légales de ce dernier devaient être déterminées en fonction des énoncés célèbres de Lord Atkin. En outre, en raison de la doctrine du précédent, il en serait ainsi pour quiconque saisis par la suite un tribunal de son affaire. Ses droits et ses obligations seraient tranchés en fonction des règles exposées par la Chambre des lords à la majorité dans cette affaire, même si les événements pertinents sont survenus antérieurement à cette décision.

Cette observation vient renforcer, si au besoin est, l'opinion suivant laquelle le caractère rétrospectif et la rétroactivité ne soulèvent généralement pas de préoccupations d'ordre constitutionnel.

(2) La généralité en droit, les règles de droit ordinaires applicables au gouvernement et les procès équitables au civil

73 Deux arrêts de notre Cour font échec à la prétention des appellants voulant que la Constitution, au moyen de la primauté du droit, exige que les lois soient de nature générale et dépourvues de priviléges spéciaux à l'égard du gouvernement (sauf lorsqu'un tel privilège est nécessaire à une gouvernance efficace), en plus d'assurer un procès équitable au civil.

74 La première décision est *Air Canada*. Dans cet arrêt, la Cour a confirmé à la majorité la constitutionnalité des modifications apportées en 1981 à la *Gasoline Tax Act, 1948*, R.S.B.C. 1960, ch. 162, qui imposait une taxe rétroactive à certaines compagnies aériennes. Les modifications visaient strictement à faire échec aux poursuites intentées par trois sociétés en 1980 pour obtenir le remboursement des taxes sur l'essence payées entre 1974 et 1976, dont la perception excédait la compétence de la législature de la Colombie-Britannique. En plus d'être rétroactives, les modifications législatives servaient les intérêts de l'État, visaient une industrie en particulier dont les membres étaient facilement identifiables et réduisaient à néant la capacité de cette industrie de faire valoir avec succès les demandes qu'elle avait déposées un an plus tôt. La constitutionnalité de ces modifications a néanmoins été confirmée par notre Cour à la majorité.

75 La deuxième décision est *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40, 2003 CSC 39. Dans cet arrêt, la Cour a confirmé à l'unanimité la validité d'une disposition de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants*, L.R.C. 1985, ch. V-1, qui visait expressément à rendre irrecevables les actions intentées par certains anciens combattants invalides à l'encontre du gouvernement

fédéral, actions dont le bien-fondé n'était pas contesté. Les actions portaient sur des intérêts qui auraient dû être versés par le gouvernement sur les fonds qu'il gérait et qui appartenaient aux anciens combattants, intérêts qui n'avaient pas été payés pendant des décennies. Bien que le pourvoi reposât sur la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44, la décision a confirmé que le Parlement possédait bien le pouvoir d'édicter la disposition en cause – même si elle ne visait qu'une seule catégorie connue d'anciens combattants vulnérables, elle conférait des avantages à l'État « pour des raisons qu'il [le législateur] n'a pas dévoilées » (par. 62) et elle anéantissait la possibilité d'un procès – équitable ou non – portant sur les revendications de ces anciens combattants. Voir par. 15 :

Le paragraphe 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants* a pour effet de déposséder les membres d'un groupe vulnérable de leur droit sur des biens, au mépris de l'obligation de fiduciaire de l'État envers les anciens combattants invalides. Toutefois, le législateur a effectivement le pouvoir de les déposséder ainsi. Le pourvoi doit être accueilli.

76

En outre, la conception que les appelants se font de la nature de procès « équitable » au civil semble, en bonne part, reprendre le contenu des règles traditionnelles de procédure civile et de preuve. Comme il devrait ressortir de l'analyse portant sur l'indépendance judiciaire, il n'existe aucun droit constitutionnel à un procès civil régi par de telles règles. De plus, les nouvelles règles ne sont pas nécessairement injustes. En effet, les fabricants de tabac poursuivis en application de la Loi subiront un procès équitable au civil, suivant le sens habituellement attribué à ce concept : ils ont droit à une audition publique, devant un tribunal indépendant et impartial, et ils peuvent contester les réclamations de la demanderesse et produire des éléments de preuve en défense. Le tribunal ne statuera sur leur responsabilité qu'à l'issue de cette audition, en se fondant exclusivement sur son interprétation du droit

qu'il applique à ses conclusions de fait. Le fait que les défendeurs puissent estimer que le droit (c.-à-d. la Loi) est injuste, ou que les règles de procédure qu'il prescrit sont nouvelles, ne rend pas leur procès inéquitable.

77 La Loi ne met pas en jeu l'application du principe de la primauté du droit dans le sens où cette expression est consacrée dans la Constitution. Il s'ensuit que la Loi n'est pas inconstitutionnelle pour cause d'incompatibilité.

V. Conclusion

78 La Loi est constitutionnellement valide. Les pourvois sont rejetés avec dépens en faveur des intimés dans toutes les cours. Il convient de répondre « non » à chaque question constitutionnelle. Le sursis d'exécution ordonné par la juge en chef McLachlin le 21 janvier 2005 est annulé.

ANNEXE

[TRADUCTION]

LOI SUR LE RECOUVREMENT DE DOMMAGES-INTÉRÊTS ET DU COÛT DES SOINS DE SANTÉ IMPUTABLES AU TABAC S.B.C. 2000, ch. 30, mod. par S.B.C. 2003, ch. 70, art. 297

SA MAJESTÉ, sur l'avis et avec le consentement de l'Assemblée législative de la province de la Colombie-Britannique, édicte :

[Définitions]

1 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

« coût des services de soins de santé » La somme des éléments suivants :

- a) la valeur actuelle des dépenses totales engagées par le gouvernement pour les services de soins de santé fournis aux assurés par suite d'une maladie liée au tabac ou du risque d'une maladie liée au tabac;
- b) la valeur actuelle des dépenses totales prévues par le gouvernement pour les services de soins de santé qu'il peut raisonnablement s'attendre à fournir aux assurés par suite d'une maladie liée au tabac ou du risque d'une maladie liée au tabac.

« maladie » Est assimilée à la maladie la détérioration générale de la santé.

« exposition » Tout contact avec un produit du tabac, incluant la fumée ou un autre sous-produit résultant de l'usage, de la consommation ou de la combustion d'un produit du tabac, ou toute ingestion, inhalation ou assimilation d'un tel produit.

« services de soins de santé »

- a) Les services au sens de l'*Hospital Insurance Act*;
- b) les services au sens de la *Medicare Protection Act*;
- c) les versements faits par le gouvernement sous le régime de la *Continuing Care Act*;
- d) les autres dépenses, engagées par le gouvernement, directement ou par un ou plusieurs représentants ou organismes intermédiaires, pour des programmes, services, prestations ou avantages semblables liés à la maladie.

« assuré »

- a) Une personne, y compris une personne décédée, ayant reçu des services de soins de santé;
- b) une personne vraisemblablement susceptible de recevoir des services de soins de santé.

« coentreprise » Une association de deux personnes ou plus si :

- a) leurs rapports ne constituent pas une personne morale, une société de personnes ou une fiducie;
- b) chacune d'elles possède un droit indivis à la propriété des biens de l'association.

« fabrication » Est assimilée à la fabrication, à l'égard d'un produit du tabac, la production, l'assemblage ou l'empaquetage de ce produit.

« fabricant » Une personne qui fabrique ou a fabriqué un produit du tabac, y compris une personne qui :

- a) directement ou indirectement, fait ou a fait fabriquer un produit du tabac dans le cadre d'ententes conclues avec des entrepreneurs, des sous-entrepreneurs, des titulaires de licence, des franchisés ou d'autres personnes;
- b) au cours d'un exercice financier, tire ou a tiré au moins 10 pourcent de son revenu, calculé sur une base consolidée conformément aux principes comptables généralement reconnus au Canada, de la fabrication ou de la promotion de produits du tabac par elle-même ou par d'autres personnes;
- c) fait ou fait faire, ou a fait ou fait faire, directement ou indirectement, la promotion d'un produit du tabac;
- d) est ou a été une association commerciale qui se consacre principalement :
 - (i) à la promotion des intérêts des fabricants;
 - (ii) à la promotion d'un produit du tabac;
 - (iii) à la promotion par d'autres personnes, directement ou indirectement, d'un produit du tabac.

« personne » Sont assimilées à une personne une fiducie, une coentreprise ou une association commerciale.

« promouvoir » ou « promotion » Sont assimilés à la promotion d'un produit du tabac le marketing, la distribution ou la vente de ce produit, de même que la recherche relative à ce produit.

« produit du tabac » Le tabac et tout produit qui contient du tabac.

« maladie liée au tabac » Maladie causée ou favorisée par l'exposition à un produit du tabac.

« faute d'un fabricant »

- a) Délit commis en Colombie-Britannique par un fabricant qui cause une maladie liée au tabac ou y contribue;
- b) dans une action visée au paragraphe 2(1), manquement par un fabricant à une obligation que lui impose la common law, l'*equity* ou la loi à l'égard de personnes en Colombie-Britannique qui ont été exposées à un produit du tabac ou qui pourraient l'être;

« type de produit du tabac » Un des produits du tabac suivants ou une combinaison de ces produits :

- a) cigarettes;
- b) tabac à cigarettes;
- c) cigares;
- d) cigarillos;
- e) tabac à pipe;
- f) tabac à mâcher;
- g) tabac à priser nasal;
- h) tabac à priser oral;
- i) forme de tabac réglementaire.

(2) La définition de « fabricant » au paragraphe 1 n'inclut pas :

- a) un particulier;
- b) une personne qui, selon le cas, :
 - (i) est un fabricant du seul fait qu'elle est un grossiste ou un détaillant de produits du tabac;
 - (ii) n'est pas liée à :
 - (A) une personne qui fabrique un produit du tabac;
 - (B) une personne visée à l'alinéa a) de la définition de « fabricant »;

c) une personne qui :

(i) est un fabricant du seul fait qu'elle est visée à l'alinéa b) ou c) de la définition de « fabricant »,

et qui

(ii) n'est pas liée à :

(A) une personne qui fabrique un produit du tabac;

(B) une personne visée à l'alinéa a) ou d) de la définition de « fabricant ».

(3) Pour l'application du paragraphe (2), une personne est liée à une autre personne si elle est, directement ou indirectement, selon le cas :

a) une affiliée, au sens que l'article premier de la *Business Corporations Act* donne à ce terme, de l'autre personne;

b) une affiliée de l'autre personne ou une affiliée d'une affiliée de l'autre personne.

(4) Pour l'application de l'alinéa (3)b), une personne est réputée être une affiliée de l'autre personne si elle est, selon le cas :

a) une société et que l'autre personne, ou un groupe de personnes ayant entre elles un lien de dépendance dont l'autre personne est membre, possède dans des actions de la société un intérêt bénéficiaire :

(i) donnant droit à au moins 50 pourcent des voix pour l'élection des administrateurs de la société, et les voix que comportent ces actions sont suffisantes, lorsqu'on y a recours, pour élire un administrateur de la société;

(ii) dont la juste valeur marchande, incluant une prime de contrôle, le cas échéant, correspond à au moins 50 pourcent de la juste valeur marchande de toutes actions émises et en circulation de la société;

b) une société de personnes, une fiducie ou une coentreprise, et que l'autre personne, ou un groupe de personnes ayant entre elles un lien de dépendance dont l'autre personne est membre, possède un droit de propriété dans l'actif de cette personne lui donnant droit de recevoir au moins 50 pourcent des bénéfices ou au moins 50 pourcent des éléments d'actif de celle-ci au moment de la dissolution, liquidation ou cessation de la société de personnes, fiducie ou coentreprise.

(5) Pour l'application de l'alinéa (3)b), une personne est réputée être une affiliée d'une autre personne si cette autre personne, ou un groupe de personnes ayant entre elles un lien de dépendance dont l'autre personne est membre, a une influence directe ou indirecte dont l'exercice entraînerait un

contrôle de fait sur la personne, sauf si l'autre personne n'a aucun lien de dépendance avec la personne et que son influence découle exclusivement de sa qualité de prêteur.

- (6) Le tribunal détermine la part du marché d'un défendeur à l'égard d'un type de produit du tabac vendu en Colombie-Britannique au moyen de la formule suivante :

$$pmd = \frac{pd}{FF} \times 100\%$$

où

pmd = la part de marché du défendeur à l'égard du type de produit du tabac entre la date de la première faute d'un fabricant commise par ce défendeur et la date du procès;

pd = la quantité du type de produit du tabac fabriqué ou annoncé par le défendeur qui est vendue en Colombie-Britannique entre la date de la première faute d'un fabricant commise par ce défendeur et la date du procès;

FF = la quantité du type de produit du tabac fabriqué ou annoncé par tous les fabricants qui est vendue en Colombie-Britannique entre la date de la première faute d'un fabricant commise par ce défendeur et la date du procès.

[Action directe par le gouvernement]

- 2 (1) Le gouvernement a contre un fabricant un droit d'action direct et distinct pour le recouvrement du coût des services de soins de santé occasionnés ou favorisés par une faute d'un fabricant.
- (2) Le gouvernement intente l'action prévue au paragraphe (1) en son nom propre et non par subrogation.
- (3) Dans une action fondée sur le paragraphe (1), le gouvernement peut recouvrer le coût des services de soins de santé s'il y a eu recouvrement par d'autres personnes ayant subi un préjudice occasionné ou favorisé par une faute d'un fabricant commise par le défendeur.
- (4) Dans une action fondée sur le paragraphe (1), le gouvernement peut recouvrer le coût des soins de santé dispensés :
 - a) à certains assurés en particulier;
 - b) globalement, à une population d'assurés par suite d'une exposition à un type de produit du tabac.
- (5) Dans une action fondée sur le paragraphe (1), si le gouvernement cherche à recouvrer globalement le coût des services de soins de santé,

- a) il n'est pas nécessaire
 - (i) d'identifier les assurés en particulier;
 - (ii) de prouver à l'égard d'un assuré en particulier la cause de la maladie liée au tabac;
 - (iii) de prouver le coût des services de soins de santé fournis à un assuré en particulier;
- b) nul ne peut être requis de produire les dossiers et documents médicaux concernant des assurés en particulier, ou les documents relatifs aux soins de santé prodigués à ces assurés, sauf dans la mesure prévue par une règle de droit, de pratique ou de procédure exigeant la production des documents invoqués par un témoin expert;
- c) nul ne peut être contraint de répondre à des questions relatives à la santé d'assurés en particulier ou aux soins de santé prodigués à ces assurés;
- d) malgré les alinéas b) et c), le tribunal peut, à la demande d'un défendeur, ordonner la communication préalable d'un échantillon statistiquement significatif des dossiers mentionnés à l'alinéa b) et l'ordonnance doit comporter des directives concernant la nature, le degré de précision et le type des renseignements qui doivent être communiqués;
- e) dans le cas d'une ordonnance rendue conformément à l'alinéa d), l'identité des assurés en particulier ne doit pas être divulguée, et tous les indices pouvant divulguer ou servir à divulguer le nom ou l'identité des assurés en particulier doivent être expurgés des documents avant leur communication.

[Recouvrement global du coût des services de soins de santé]

- 3 (1) Dans une action fondée sur le paragraphe 2(1) visant le recouvrement global du coût des services de soins de santé, le paragraphe (2) s'applique si le gouvernement prouve, suivant la prépondérance des probabilités, que, relativement à un type de produit du tabac :
- a) le défendeur a manqué à une obligation que lui impose la common law, l'*equity* ou la loi à l'égard des personnes en Colombie-Britannique qui ont été exposées à un type de produit du tabac ou pourraient y être exposées;
 - b) l'exposition à ce type de produit du tabac peut causer ou contribuer à causer une maladie;
 - c) pendant la totalité ou une partie de la période de manquement à une obligation mentionnée à l'alinéa a), le type de produit du tabac fabriqué ou annoncé par le fabricant a été offert en vente en Colombie-Britannique.

- (2) Sous réserve des paragraphes (1) et (4), le tribunal présume que :
- a) la population d'assurés qui a été exposée au type de produit du tabac fabriqué ou annoncé par le défendeur n'y aurait pas été exposée n'eût été le manquement visé à l'alinéa (1)a);
 - b) l'exposition mentionnée à l'alinéa a) a causé ou a contribué à causer la maladie ou le risque de maladie chez une partie de la population visée à l'alinéa a).
- (3) Si les présomptions établies aux alinéas (2)a et b) s'appliquent :
- a) le tribunal doit déterminer globalement le coût des services de soins de santé fournis après la date du manquement mentionné à l'alinéa (1)a) résultant de l'exposition au type de produit du tabac;
 - b) chaque défendeur auquel s'appliquent les présomptions est responsable du coût global mentionné à l'alinéa a) au prorata de sa part de marché du type de produit du tabac.
- (4) Le montant établi en application de l'alinéa (3)b) auquel est tenu un défendeur peut être réduit, ou les parts de responsabilité établies en application de l'alinéa (3)b) peuvent être rajustées entre les défendeurs, dans la mesure où l'un d'eux prouve, selon la prépondérance des probabilités, que le manquement visé à l'alinéa (1)a) n'a pas causé ou contribué à causer l'exposition mentionnée à l'alinéa (2)a) ou la maladie ou le risque de maladie mentionnés à l'alinéa (2)b).

[Responsabilité solidaire dans une action fondée sur le paragraphe 2(1)]

- 4 (1) Dans une action fondée sur le paragraphe 2(1), les défendeurs sont solidairement responsables du coût des services de santé :
- a) s'ils ont conjointement manqué à une obligation visée par la définition de « faute d'un fabricant » au paragraphe 1(1);
 - b) si, en conséquence du manquement visé à l'alinéa a), au moins un des défendeurs est responsable, dans l'action fondée sur le paragraphe 2(1), du coût de ces services de santé.
- (2) Dans le cadre d'une action visée au paragraphe 2(1), plusieurs fabricants, qu'ils soient ou non défendeurs dans l'action, sont réputés avoir manqué conjointement à une obligation mentionnée à la définition de « faute d'un fabricant » au paragraphe 1(1) dans les cas où :
- a) il est reconnu qu'au moins un de ces fabricants a manqué à l'obligation;
 - b) il serait reconnu en common law, en *equity* ou en vertu d'un texte législatif que ces fabricants :
 - (i) auraient conspiré ou agi de concert relativement au manquement;

- (ii) auraient agi dans le cadre d'une relation mandant-mandataire relativement au manquement;
- (iii) seraient solidairement ou indirectement responsables du manquement si des dommages-intérêts avaient été accordés à une personne ayant subi un préjudice en conséquence du manquement.

[Preuve fondée sur la population afin d'établir un lien de causalité et de quantifier les dommages-intérêts ou le coût]

5 Les renseignements statistiques et ceux découlant d'études épidémiologiques, sociologiques et d'autres études pertinentes, y compris les renseignements provenant d'échantillons, sont admissibles en preuve pour établir le lien de causalité et quantifier les dommages-intérêts ou le coût des services de soins de santé imputables à une faute d'un fabricant dans une action intentée :

- a) par ou pour une personne, agissant en son propre nom ou en sa qualité de membre d'une catégorie de personnes visée par la *Class Proceedings Act*;
- b) par le gouvernement en application du paragraphe 2(1).

[Délais de prescription]

6 (1) Aucune action introduite dans les deux ans suivant l'entrée en vigueur de la présente disposition par

- a) le gouvernement,
- b) une personne, agissant en son propre nom ou pour le compte d'une catégorie de personnes,
- c) le représentant personnel d'une personne décédée, agissant pour le compte du conjoint, d'un parent ou d'un enfant de la personne décédée au sens de la *Family Compensation Act*,

en recouvrement de dommages-intérêts ou du coût des services de soins de santé qui auraient été causés ou favorisés par une faute d'un fabricant n'est prescrite aux termes de la *Limitation Act*.

(2) Toute action visée au paragraphe (1) en dommages-intérêts qui auraient été causés ou favorisés par une faute d'un fabricant est rétablie si l'action a été rejetée avant l'entrée en vigueur de la présente disposition du seul fait qu'un tribunal a conclu que l'action était prescrite ou éteinte par application de la *Limitation Act*.

[Responsabilité fondée sur la contribution au risque]

7 (1) Le présent article s'applique à une action en dommages-intérêts ou en recouvrement du coût des services de soins de santé qui auraient été causés ou favorisés par une faute d'un fabricant, mais ne s'applique pas à une action en recouvrement global du coût des services de santé.

- (2) Si un demandeur ne peut établir l'identité du défendeur qui a causé l'exposition visée à l'alinéa b) ou y a contribué et que, en conséquence d'un manquement à une obligation imposée en common law, en *equity* ou en vertu d'un texte législatif :
- a) un ou plusieurs défendeurs causent ou contribuent à causer un risque de maladie en exposant des personnes à un type de produit du tabac;
 - b) le demandeur a été exposé au type de produit du tabac mentionné à l'alinéa a) et est atteint d'une maladie résultant de cette exposition;
- le tribunal peut tenir chaque défendeur ayant causé ou contribué à causer le risque de maladie responsable d'une partie des dommages-intérêts ou du coût des services de soins de santé au prorata de sa contribution à ce risque de maladie.
- (3) Dans le partage de la responsabilité prévu au paragraphe (2), le tribunal peut tenir compte des facteurs suivants :
- a) la période pendant laquelle un défendeur a accompli les actes ayant causé ou contribué à causer le risque de maladie;
 - b) la part de marché détenue par le défendeur à l'égard du type de produit du tabac ayant causé ou contribué à causer le risque de maladie;
 - c) le degré de toxicité de toute substance toxique contenue dans le type de produit du tabac fabriqué ou annoncé par un défendeur;
 - d) le montant consacré par un défendeur à la promotion du type de produit du tabac ayant causé ou contribué à causer le risque de maladie;
 - e) la mesure dans laquelle un défendeur a collaboré ou participé avec d'autres fabricants aux actes ayant causé ou aggravé le risque de maladie ou ayant contribué à ce risque;
 - f) la mesure dans laquelle un défendeur a procédé à des analyses et à des études visant à évaluer le risque de maladie résultant de l'exposition au type de produit du tabac;
 - g) la mesure dans laquelle un défendeur a assumé un leadership dans la fabrication du type de produit du tabac;
 - h) les efforts déployés par un défendeur pour prévenir le public du risque de maladie résultant de l'exposition au type de produit du tabac;
 - i) la mesure dans laquelle un défendeur a continué de fabriquer ou de promouvoir le type de produit du tabac après qu'il eut connu ou aurait dû connaître le risque de maladie résultant de l'exposition à ce type de produit;
 - j) les mesures concrètes prises par un défendeur en vue de réduire le risque de maladie pour le public;

k) tout autre facteur que le tribunal estime pertinent.

[Partage de la responsabilité en matière de fautes du fabricant]

- 8 (1)** Le présent article ne s'applique pas à un défendeur reconnu responsable par un tribunal aux termes de l'article 7.
- (2)** Un défendeur reconnu responsable d'une faute d'un fabricant peut intenter, contre un ou plusieurs des défendeurs reconnus responsables de cette faute dans le cadre de la même action, une action ou une procédure en contribution pour le paiement des dommages-intérêts ou du coût des services de soins de santé causés ou favorisés par cette faute.
- (3)** Le paragraphe (2) s'applique que le défendeur introduisant l'action ou la procédure sous le régime de cette disposition ait payé ou non tout ou partie des dommages-intérêts ou du coût des services de soins de santé causés ou favorisés par la faute d'un fabricant.
- (4)** Dans une action ou une procédure visée au paragraphe (2), le tribunal peut procéder au partage de la responsabilité et ordonner à chacun des défendeurs de verser une contribution établie en fonction des facteurs énumérés aux alinéas 7(3) a) à k).

[Règlements]

- 9 (1)** Le lieutenant gouverneur en conseil peut prendre les règlements mentionnés à l'article 41 de l'*Interpretation Act*.
- (2)** Le lieutenant gouverneur en conseil peut notamment prescrire par règlement une forme de tabac pour l'application de l'alinéa i) de la définition de « type de produit du tabac » figurant au paragraphe 1(1).

[Effet rétroactif]

- 10** Toute disposition de la présente loi qui entre en vigueur aux termes de l'article 12 a l'effet rétroactif nécessaire pour lui donner plein effet à toutes fins utiles, notamment pour permettre l'introduction d'une action fondée sur le paragraphe 2(1) découlant d'une faute d'un fabricant, quelle que soit la date à laquelle la faute est survenue.

...

[Entrée en vigueur]

- 12** La présente loi entre en vigueur par règlement du lieutenant gouverneur en conseil.

*Don't Count
French page*

Tab 22



SUPREME COURT OF CANADA

CITATION: Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General), 2014 SCC 59 **DATE:** 20141002
DOCKET: 35315

BETWEEN:

**Trial Lawyers Association of British Columbia and
Canadian Bar Association — British Columbia Branch**

Appellants/Respondents on cross-appeal
and

Attorney General of British Columbia
Respondent/Appellant on cross-appeal

- and -

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Alberta, Advocates' Society, West Coast Women's Legal Education and Action Fund and David Asper Centre for Constitutional Rights
Intervenors

CORAM: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

REASONS FOR JUDGMENT: McLachlin C.J. (LeBel, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ. concurring)
(paras. 1 to 69)

REASONS CONCURRING IN RESULT: Cromwell J.
(paras. 70 to 79)

DISSENTING REASONS: Rothstein J.
(paras. 80 to 117)

NOTE: This document is subject to editorial revision before its reproduction in final form in the *Canada Supreme Court Reports*.

TRIAL LAWYERS ASSN. OF B.C. *v.* BRITISH COLUMBIA (A.G.)

**Trial Lawyers Association of British
Columbia and Canadian Bar Association
— British Columbia Branch**

Appellants/Respondents on cross-appeal

v.

Attorney General of British Columbia

Respondent/Appellant on cross-appeal

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Attorney General of Alberta,
Advocates' Society,
West Coast Women's Legal Education and Action Fund and
David Asper Centre for Constitutional Rights**

Intervenors

**Indexed as: Trial Lawyers Association of British Columbia *v.* British Columbia
(Attorney General)**

2014 SCC 59

File No.: 35315.

2014: April 14; 2014: October 2.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Courts — Access to justice — Court hearing fees — Province enacting regulations establishing graduated court hearing fees — Regulations containing exemption provision from fees for persons “indigent” or “impoverished” — Whether province can establish hearing fee scheme under its administration of justice power pursuant to s. 92(14) of Constitution Act, 1867 — Whether regulations imposing hearing fees denying some people access to courts infringing core jurisdiction of s. 96 superior courts — Whether provincial hearing fee scheme constitutionally valid — Constitution Act, 1867, ss. 92(14) and 96 — Court Rules Act, R.S.B.C. 1996, c. 80 — Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, as amended by B.C. Reg. 10/96 and B.C. Reg. 75/98 — Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 20-5(1).

This case began as a family action. V and D were involved in a custody dispute. V went to court to have these issues resolved. In order to get a trial date, she had to undertake in advance to pay a court hearing fee. At the outset of the trial, V asked the judge to relieve her from paying the hearing fee. The judge reserved his decision on this request until the end of the trial. The parties were not represented by lawyers, and the hearing took 10 days. The hearing fee amounted to some \$3,600.00

— almost the net monthly income of the family. After legal fees had depleted her savings, V could not afford the hearing fee.

Aware that there was some authority for the proposition that hearing fees are unconstitutional, the judge invited submissions and interventions on the subject from outside parties and stayed V's obligation to pay the hearing fee. Ultimately, the B.C. branch of the Canadian Bar Association ("CBA"), the Trial Lawyers Association of British Columbia ("Trial Lawyers") and the Attorney General of British Columbia ("the Province") intervened.

The *Supreme Court Rules*, which were in place at the time this case began, were replaced in 2010 by the *Supreme Court Civil Rules*. The constitutionality of the hearing fees set out in both rules of court is challenged. The current hearing fees escalate from no fee for the first three days of trial, to five hundred dollars for days four to ten, to eight hundred dollars for each day over ten. Rule 20-5(1) of the *Supreme Court Civil Rules* provides for an exemption from hearing fees if the court finds that a person is "impoverished". The exemption in place at the time of the trial provided that a judge could waive all fees for a person who is "indigent".

The trial judge in this case ruled that the hearing fee provision was unconstitutional. The Court of Appeal agreed that the scheme could not stand as it is, but held that if the exemption provision were expanded by reading in the words "or in need", it would pass constitutional muster. The Trial Lawyers and CBA appeal the

remedy to this Court. The Province cross-appeals on the issue of the constitutionality of the hearing fees.

Held (Rothstein J. dissenting): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ.: Levying hearing fees is a permissible exercise of the Province's jurisdiction under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*; however, that power is not unlimited. It must be exercised in a manner that is consistent with s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and the requirements that flow by necessary implication from s. 96. Section 96 restricts the legislative competence of provincial legislatures and Parliament; neither level of government can enact legislation that removes part of the core or inherent jurisdiction of the superior courts. The historic task of the superior courts is to resolve disputes between individuals and decide questions of private and public law. Measures that prevent people from coming to the courts to have those issues resolved are at odds with this basic judicial function. Therefore, hearing fees that deny people access to the courts infringe the core jurisdiction of the superior courts and impermissibly impinge on s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

The connection between access to justice and s. 96 is further supported by considerations relating to the rule of law. The s. 96 function and the rule of law are inextricably intertwined. As access to justice is fundamental to the rule of law, it is natural that s. 96 provide some degree of constitutional protection for access to

justice. Concerns about the rule of law in this case are not abstract or theoretical. If people cannot bring legitimate issues to court, laws will not be given effect, and the balance between the state's power to make and enforce laws and the courts' responsibility to rule on citizen challenges to them may be skewed.

Section 92(14), read in the context of the Constitution as a whole, does not give the provinces the power to administer justice in a way that denies the right of Canadians to access courts of superior jurisdiction. Any attempt to do so will run afoul of the constitutional protection for the superior courts found in s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

Hearing fees are unconstitutional when they deprive litigants of access to the superior courts. That point is reached when the hearing fees in question cause undue hardship to the litigant who seeks the adjudication of the superior court. A hearing fee scheme that does not exempt impoverished people clearly oversteps the constitutional minimum. But providing exemptions only to the truly impoverished may set the access bar too high. A fee that is so high that it requires litigants who are not impoverished to sacrifice reasonable expenses in order to bring a claim may, absent adequate exemptions, be unconstitutional because it subjects litigants to undue hardship, thereby effectively preventing access to the courts. It is the role of the provincial legislatures to devise a constitutionally compliant hearing fee scheme. But as a general rule, hearing fees must be coupled with an exemption that allows judges to waive the fees for people who cannot, by reason of their financial situation, bring

non-frivolous or non-vexatious litigation to court. A hearing fee scheme can include an exemption for the truly impoverished, but the hearing fees must be set at an amount such that anyone who is not impoverished can afford them. Higher fees must be coupled with enough judicial discretion to waive hearing fees in any case where they would effectively prevent access to the courts because they require litigants to forgo reasonable expenses in order to bring claims.

The hearing fee scheme at issue in this case places an undue hardship on litigants and impedes the right of British Columbians to bring legitimate cases to court and is unconstitutional. The current exemptions do not provide sufficient discretion to the trial judge to exempt litigants from having to pay hearing fees in appropriate circumstances.

V is excused from paying the hearing fee. The hearing fee scheme prevents access to the courts in a manner inconsistent with s. 96 of the Constitution and the underlying principle of the rule of law. It therefore falls outside the Province's jurisdiction under s. 92(14) to administer justice.

The proper remedy is to declare the hearing fee scheme as it stands unconstitutional and leave it to the Legislature or the Lieutenant Governor-in-Council to enact new provisions, should they choose to do so. "Reading in" is a remedy sparingly used, and available only where it is clear the legislature, faced with a ruling of unconstitutionality, would have made the change proposed. This condition is not met here. Further, modifying the exemption as suggested might still not cover all

litigants who cannot afford the hearing fee and other provisions might be required in order to avoid the onerous or undignified process of proving that one falls within the exception.

Per Cromwell J.: This case can be resolved on administrative law grounds and it is unnecessary to address the broader constitutional issues. There is a common law right of reasonable access to civil justice. This right of reasonable access may only be abrogated by clear statutory language. This common law right is preserved by the *Court Rules Act*. The common law right of access to civil justice allows court fees, but only if there is an exemption to ensure that no person is prevented from making an arguable claim or defence because he or she lacks the resources to carry on the proceeding. This is a flexible standard: whether a person has the ability to pay the fees depends not only on wealth and income, but also on the amount of their reasonable, necessary expenses and the magnitude of the fees. If the hearing fee exemptions cannot be interpreted to ensure that the common law right of access is not defeated, then the fees are *ultra vires* the *Court Rules Act*.

Here, the trial judge found as a fact that the hearing fees are unaffordable and therefore limit access for litigants who do not fall within the exemptions for the indigent and the impoverished. The plain meaning of the exemption, referring to persons who are “impoverished” and “indigent” cannot be interpreted to cover people of modest means who are prevented from having a trial because of the hearing fees. The hearing fees do not meet the common law standard preserved by the *Court Rules*

Act. The exemptions under the *Court Rules Act* cannot be interpreted in a way that is consistent with the common law right of access to civil justice which is preserved by the *Court Rules Act*. Thus, the fees are *ultra vires* the regulation-making authority conferred by the *Court Rules Act*.

Per Rothstein J. (dissenting): The British Columbia hearing fee scheme does not offend any constitutional right. There is no express constitutional right to access the civil courts without hearing fees. Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* entrusts the administration of justice in the provinces to provincial legislatures. It is well established that provinces have the power under s. 92(14) to enact laws that prescribe conditions on access to the courts. Legislatures must balance a number of important values, including providing access to courts and ensuring that those same courts are adequately funded. They are accountable to voters for the choices they make. Absent a violation of the *Charter* and within the bounds of their constitutional jurisdiction, provincial legislatures have leeway to make policy decisions regarding the allocation of funding and the recovery of costs.

The hearing fee scheme in this case cannot be struck down on the basis of a novel reading of s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Section 96 protects the core jurisdiction of superior courts that is integral to their operations; however, it does not follow that legislation that places conditions on access to superior courts removes or infringes upon an aspect of their core jurisdiction. This Court has previously established a three-part test for determining whether legislation impermissibly

removes an aspect of the core jurisdiction of superior courts. The majority does not apply this test because no aspect of the core jurisdiction of superior courts is removed by legislation that merely places limits on access to superior courts. In the absence of any demonstrated destruction of the core powers of the superior courts, there is no such removal sufficient to find a violation of s. 96. Instead, the majority significantly expands what is meant by the “core jurisdiction” of the superior courts beyond what is contemplated in the text or this Court’s jurisprudence on the scope of s. 96. The hearing fees are a financing mechanism and do not go to the very existence of the court as a judicial body or limit the types of powers it may exercise.

The unwritten principle of the rule of law does not support the striking down of legislation otherwise properly within provincial jurisdiction. The majority uses the rule of law to support reading a general constitutional right to access the superior courts into s. 96. Section 96 requires that the existence and core jurisdiction of superior courts be preserved, but this does not, necessarily imply the general right of access to superior courts described by the majority. So long as the courts maintain their character as judicial bodies and exercise the core functions of courts, the demands of the Constitution are satisfied. In using an unwritten principle to support expanding the ambit of s. 96 to such an extent, the majority subverts the structure of the Constitution and jeopardizes the primacy of the written text. This purported constitutional right to access the courts circumvents the careful checks and balances built into the structure of the *Charter*. Unlike *Charter* rights, rights read into s. 96 are not subject to s. 1 justification or the s. 33 notwithstanding clause.

This Court has clearly and persuasively cautioned against using the rule of law to strike down legislation. To circumvent this caution, the majority characterizes the rule of law as a limitation on the jurisdiction of provinces under s. 92(14). Dressing the rule of law in division-of-powers clothing does not disguise the fact that the rule of law, an unwritten principle, cannot be used to support striking down the hearing fee scheme. Reading the unwritten principle of the rule of law too broadly would also render many of our written constitutional rights redundant and, in doing so, undermine the delimitation of those rights chosen by our constitutional framers. Provisions such as ss. 11(d) and 24(1) of the *Charter* would be unnecessary if the Constitution already contained a more general right to access superior courts. The rule of law is a vague and fundamentally disputed concept. To rely on this nebulous principle to invalidate legislation based on its content introduces uncertainty into constitutional law and undermines our system of positive law.

Even if there were a constitutional basis upon which to challenge the British Columbia hearing fee scheme, it would not be unconstitutional. The majority's approach to determining whether hearing fees prevent litigants from accessing the courts overlooks some important contextual considerations. In particular, the majority does not account for measures that offset the burden of hearing fees or eliminate them altogether. When these measures are taken into consideration, there is no indication that the hearing fees at issue would prevent litigants from bringing meritorious legal claims.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Distinguished: *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, rev'g 2005 BCCA 631, 262 D.L.R. (4th) 51; **applied:** *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; **referred to:** *Pleau v. Nova Scotia (Prothonotary)* (1998), 186 N.S.R. (2d) 1; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, aff'g 20 D.L.R. (4th) 399; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

By Cromwell J.

Referred to: *Polewsky v. Home Hardware Stores Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 600; *Fabrikant v. Canada*, 2014 FCA 89, 459 N.R. 163; *Toronto-Dominion Bank v. Beaton*, 2012 ABQB 125, 534 A.R. 132; *R. v. Lord Chancellor, Ex parte Witham*, [1998] Q.B. 575; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Saleem*, [2000] 4 All E.R. 814; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810.

By Rothstein J. (dissenting)

OPSEU v. Ontario (Attorney General), [1987] 2 S.C.R. 2; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 185; *De Fehr v. De Fehr*, 2001 BCCA 485, 156 B.C.A.C. 240; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Combined Air Mechanical Services Inc. v. Flesch*, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1.

Statutes and Regulations Cited

A Mean to help and speed poor Persons in their Suits (Eng.), 11 Hen. 7, c. 12 [*Statute of Henry VII*].

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 7, 11(d), 24(1), 33.

Constitution Act, 1867, ss. 92(14), 96.

Court Rules Act, R.S.B.C. 1996, c. 80.

Employment and Assistance Act, S.B.C. 2002, c. 40.

Employment and Assistance for Persons with Disabilities Act, S.B.C. 2002, c. 41.

Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, rr. 14-1, 20-5(1), (3), App. C, Sch. 1.

Supreme Court Family Rules, B.C. Reg. 169/2009, App. C, Sch. 1.

Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90 [rep. 168/2009], App. C, Sch. 1 [rep. & sub. 10/96; *idem* 75/98].

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Chiasson and Garson JJ.A.), 2013 BCCA 65, 43 B.C.L.R. (5th) 217, 334 B.C.A.C. 71, 572 W.A.C. 71, 359 D.L.R. (4th) 524, [2013] 7 W.W.R. 478, 286 C.R.R. (2d) 26, [2013] B.C.J. No. 243 (QL), 2013 CarswellBC 354, setting aside a decision of McEwan J., 2012 BCSC 748, 260 C.R.R. (2d) 1, [2012] B.C.J. No. 1016 (QL), 2012 CarswellBC 1485. Appeal allowed and cross-appeal dismissed, Rothstein J. dissenting.

Darrell W. Roberts, Q.C., and *Chantelle M. Rajotte*, for the appellant/respondent on cross-appeal the Trial Lawyers Association of British Columbia.

Sharon D. Matthews, Q.C., *Melina Buckley* and *Michael Sobkin*, for the appellant/respondent on cross-appeal the Canadian Bar Association — British Columbia Branch.

Bryant A. Mackey and *J. Gareth Morley*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Alain Préfontaine, for the intervener the Attorney General of Canada.

Rochelle Fox and *Padraig Ryan*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Alain Gingras and *Dana Pescarus*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Donald Padgett, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Joseph J. Arvay, Q.C., *Kelly D. Jordan* and *Tim Dickson*, for the intervener the Advocates' Society.

Francesca V. Marzari and *Kasari Govender*, for the intervener the West Coast Women's Legal Education and Action Fund.

Paul Schabas and *Cheryl Milne*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Overview

[1] The issue in this case is whether court hearing fees imposed by the Province of British Columbia that deny some people access to the courts are constitutional. The trial judge, upheld on appeal, held that the legislation imposing the fees was unconstitutional. I agree.

[2] In my view, the fees at issue here violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Although the province can establish hearing fees under its power to administer justice under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, the exercise of that power must also comply with s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, which constitutionally protects the core jurisdiction of the superior courts. For the reasons discussed below, the fees impermissibly infringe on that jurisdiction by, in effect, denying some people access to the courts.

II. Facts

[3] This case began as a family action (2009 BCSC 434 (CanLII)). Ms. Vilardell and Mr. Dunham began a relationship in England and came to British Columbia, Canada, with their daughter. The relationship foundered, and the question arose — who should have custody of the child? Ms. Vilardell wanted to return with the child to Spain, her country of origin. Mr. Dunham wanted to keep the child in British Columbia. Ms. Vilardell also claimed an interest in Mr. Dunham's house.

[4] Ms. Vilardell went to court to have these issues resolved. In order to get a trial date, she had to undertake in advance to pay a court hearing fee. At the outset of the trial, Ms. Vilardell asked the judge to relieve her from paying the hearing fee. The judge reserved his decision on this request until the end of the trial, so he could address the question of ability to pay after hearing evidence respecting the parties' means, circumstances, and entitlement to property.

[5] The parties were not represented by lawyers, and the hearing took 10 days. The hearing fee amounted to some \$3,600.00 — almost the net monthly income of the family (2012 BCSC 748, 260 C.R.R. (2d) 1, at para. 396). Ms. Vilardell is not an “impoorerished” person in the ordinary sense of the word. She is qualified as a veterinary surgeon in Europe. She was unemployed in the year leading up to the trial; the “family” income appears to have come mainly from her partner. She had some assets, including about \$10,000 in savings in a Canadian bank account, \$10,000 in a Barclays Investment Savings Account in the United Kingdom, and \$4,500 in a registered retirement account in Spain. However, after legal fees had depleted her savings, she could not afford the hearing fee.

[6] Aware that there was some authority for the proposition that hearing fees are unconstitutional (*Pleau v. Nova Scotia (Prothonotary)*) (1998), 186 N.S.R. (2d) 1 (S.C.)), the judge held that the Attorney General should be given an opportunity to intervene on Ms. Vilardell's application. He also invited submissions from the Law Society of British Columbia and the B.C. branch of the Canadian Bar Association.

The judge stayed Ms. Vilardell's obligation to pay the hearing fee pending further order.

[7] Ultimately, the B.C. branch of the Canadian Bar Association and the Trial Lawyers Association of British Columbia intervened and challenged the hearing fee scheme as unconstitutional. They argued that people like Ms. Vilardell — possessing some means but not able to pay the hearing fee — have the right to have a court adjudicate their legal disputes, and that the hearing fee regime in British Columbia essentially denies them that right.

[8] The trial judge ruled that the hearing fee provision was unconstitutional. The Court of Appeal agreed that the scheme could not stand as it is, but held that if the exemption provision were expanded by reading in the words “or in need”, it would pass constitutional muster (2013 BCCA 65, 43 B.C.L.R. (5th) 217). The Trial Lawyers Association of British Columbia and the Canadian Bar Association — British Columbia Branch appeal the remedy to this Court. The Province cross-appeals on the issue of the constitutionality of the hearing fees.

III. The Legislative Regime

[9] The *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, as amended by B.C. Reg. 10/96 and B.C. Reg. 75/98, in place at the time this case began, were enacted as subordinate legislation under the *Court Rules Act*, R.S.B.C. 1996, c. 80. In 2010, the *Supreme Court Rules* were replaced by the *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg.

168/2009. The appellants challenge the constitutionality of the hearing fees set out in both rules of court.

[10] The current hearing fees are set out in Schedule 1 of Appendix C of the *Supreme Court Civil Rules* and the *Supreme Court Family Rules*, B.C. Reg. 169/2009. The fees escalate from no fee for the first three days of trial, to five hundred dollars for days four to ten, to eight hundred dollars for each day over ten.

[11] Rule 20-5(1) of the *Supreme Court Civil Rules* provides for an exemption from hearing fees:

If the court, on application made in accordance with subrule (3) before or after the start of a proceeding, finds that a person receives benefits under the *Employment and Assistance Act* or the *Employment and Assistance for Persons with Disabilities Act* or is otherwise impoverished, the court may order that no fee is payable by the person to the government under Schedule 1 of Appendix C in relation to the proceeding unless the court considers that the claim or defence

- (a) discloses no reasonable claim or defence, as the case may be,
- (b) is scandalous, frivolous or vexatious, or
- (c) is otherwise an abuse of the process of the court.

[12] In B.C., the party that sets a case down for trial (usually the plaintiff) is required to undertake to pay the hearing fee — regardless of whether the trial length is based on that party's estimate or the estimate of the other party or the court.

[13] Applications for the impoverishment exemption are usually spoken to in court, often on an *ex parte* basis. The registry provides the applicant with an application form, a blank affidavit, and a draft order (r. 20-5(3)).

IV. Issues

[14] This appeal raises the following issues:

- (1) Is B.C.'s hearing fee scheme constitutionally valid?
- (2) If not, what is the appropriate remedy?

[15] The appellants challenge the Province's hearing fees on a number of grounds, including the rule of law and access to an independent judiciary.

[16] The Province argues that the hearing fee scheme is a valid exercise of the provincial power over the administration of justice under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*.

[17] The question arises: What, if any, are the limits of the scope of provincial authority over the administration of justice under s. 92(14)? The authority is a wide one, but it must be exercised harmoniously with the core jurisdiction of provincial superior courts protected by s. 96. The issue in this case comes down to whether s. 96 is infringed by legislation that imposes hearing fees that deny some people access to the courts.

V. Analysis

A. *The Province Has the Power to Impose Hearing Fees*

[18] The Province has the power to legislate with respect to the administration of justice under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. This includes the power to charge fees for court services.

[19] Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* provides:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to . . .

- . . .
14. The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of the Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil matters in those Courts.

[20] In *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, this Court said:

The legislature has the power to pass laws in relation to the administration of justice in the province under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. This implies the power of the province to impose at least some conditions on how and when people have a right to access the courts. Therefore, *B.C.G.E.U.* cannot stand for the proposition that every limit on access to the courts is automatically unconstitutional. [Emphasis added; para. 17.]

[21] Hearing fees fall squarely within the “administration of justice” and may be used to defray some of the cost of administering the justice system, to encourage the efficient use of court resources, and to discourage frivolous or inappropriate use of the courts.

[22] It was argued that *all* hearing fees are unconstitutional; as courts are a “first charge on government”, charging fees for time in court is as offensive to democracy as charging fees for voting. However, this argument is flawed because it focuses on the type of the fee, rather than the real problem — using fees to deny certain people access to the courts. Moreover, the argument raises policy issues relating to how governments should generate revenue and allocate their funds. Hearing fees paid by litigants who *can* afford them may be a justifiable way of making resources available for the justice system and increasing access to justice overall.

[23] I conclude that levying hearing fees is a permissible exercise of the Province’s jurisdiction under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*.

B. *The Provinces’ Power to Impose Hearing Fees Is Not Unlimited*

[24] On its face, s. 92(14) does not limit the powers of the provinces to impose hearing fees. However, that does not mean that the province can impose hearing fees in any fashion it chooses. Its power to impose hearing fees must be consistent with s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and the requirements that flow by necessary

implication from s. 96. This follows from two related tenets of constitutional interpretation.

[25] First, particular constitutional grants of power must be read together with other grants of power so that the Constitution operates as an internally consistent harmonious whole. Thus s. 92(14) does not operate in isolation. Its ambit must be determined, not only by reference to its bare wording, but with respect to other powers conferred by the Constitution. In this case, this requires us to consider s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

[26] Second, the interpretation of s. 92(14) must be consistent not only with other express terms of the Constitution, but with requirements that “flow by necessary implication from those terms”: *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at para. 66, *per* Major J. As this Court has recently stated, “the Constitution must be interpreted with a view to discerning the structure of government that it seeks to implement. The assumptions that underlie the text and the manner in which the constitutional provisions are intended to interact with one another must inform our interpretation, understanding, and application of the text”: *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704, at para. 26 (emphasis added).

[27] It follows that in determining the power conferred on the province over the administration of justice, including the imposition of hearing fees, by s. 92(14), the Court must consider not only the written words of that provision, but how a

particular interpretation fits with other constitutional powers and the assumptions that underlie the text.

[28] In this case, the other constitutional grant of power that must be considered is s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, which has been held to guarantee the core jurisdiction of provincial superior courts throughout the country.

[29] While s. 92(14) gives the provinces the responsibility for the administration of justice, s. 96 gives the federal government the power to appoint judges to the superior, district and county courts in each province. Taken together, these sections have been held to provide a constitutional basis for a unified judicial presence throughout the country: *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at paras. 11 and 52. Although the bare words of s. 96 refer to the appointment of judges, its broader import is to guarantee the core jurisdiction of provincial superior courts: Parliament and legislatures can create inferior courts and administrative tribunals, but “[t]he jurisdiction which forms this core cannot be removed from the superior courts by either level of government, without amending the Constitution” (*MacMillan Bloedel*, at para. 15). In this way, the Canadian Constitution “confers a special and inalienable status on what have come to be called the ‘section 96 courts’” (*MacMillan Bloedel*, at para. 52).

[30] Section 96 therefore restricts the legislative competence of provincial legislatures and Parliament — neither level of government can enact legislation that abolishes the superior courts or removes part of their core or inherent jurisdiction:

MacMillan Bloedel, at para. 37; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Provincial Judges Reference*”), at para. 88.

[31] It is not suggested that legislating hearing fees that prevent people from accessing the courts would abolish or destroy the existence of the courts. The question is rather whether legislating hearing fees that prevent people from accessing the courts infringes on the core jurisdiction of the superior courts.

[32] The historic task of the superior courts is to resolve disputes between individuals and decide questions of private and public law. Measures that prevent people from coming to the courts to have those issues resolved are at odds with this basic judicial function. The resolution of these disputes and resulting determination of issues of private and public law, viewed in the institutional context of the Canadian justice system, are central to what the superior courts do. Indeed, it is their very book of business. To prevent this business being done strikes at the core of the jurisdiction of the superior courts protected by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. As a result, hearing fees that deny people access to the courts infringe the core jurisdiction of the superior courts.

[33] The jurisprudence under s. 96 supports this conclusion. The cases decided under s. 96 have been concerned either with legislation that purports to transfer an aspect of the core jurisdiction of the superior court to another decision-making body or with privative clauses that would bar judicial review: *Re Residential Tenancies*

Act, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714; *MacMillan Bloedel*; and *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220. The thread throughout these cases is that laws may impinge on the core jurisdiction of the superior courts by denying access to the powers traditionally exercised by those courts.

[34] In *Residential Tenancies*, the law at issue unconstitutionally denied access to the superior courts by requiring that a certain class of cases be decided by an administrative tribunal. In *Crevier*, the law at issue unconstitutionally denied access to the superior courts by imposing a privative clause excluding the supervisory jurisdiction of the superior courts. In *MacMillan Bloedel*, the legislation at issue unconstitutionally barred access to the superior courts for a segment of society — young persons — by conferring an exclusive power on youth courts to try youths for contempt in the face of superior courts. This Court, *per* Lamer C.J., relied on *Crevier*, concluding that “[it] establishes . . . that powers which are ‘hallmarks of superior courts’ cannot be removed from those courts” (*MacMillan Bloedel*, at para. 35).

[35] Here, the legislation at issue bars access to the superior courts in yet another way — by imposing hearing fees that prevent some individuals from having their private and public law disputes resolved by the courts of superior jurisdiction — the hallmark of what superior courts exist to do. As in *MacMillan Bloedel*, a segment of society is effectively denied the ability to bring their matter before the superior court.

[36] It follows that the province's power to impose hearing fees cannot deny people the right to have their disputes resolved in the superior courts. To do so would be to impermissibly impinge on s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Rather, the province's powers under s. 92(14) must be exercised in a manner that is consistent with the right of individuals to bring their cases to the superior courts and have them resolved there.

[37] This is consistent with the approach adopted by Major J. in *Imperial Tobacco*. The legislation here at issue — the imposition of hearing fees — must conform not only to the express terms of the Constitution, but to the “requirements ... that flow by necessary implication from the express terms of the Constitution.” The right of Canadians to access the superior courts flows by necessary implication from the express terms of s. 96 of the Constitution, as we have seen. It follows that the province does not have the power under s. 92(14) to enact legislation that prevents people from accessing the courts.

[38] While this suffices to resolve the fundamental issue of principle in this appeal, the connection between s. 96 and access to justice is further supported by considerations relating to the rule of law. This Court affirmed that access to the courts is essential to the rule of law in *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214. As Dickson C.J. put it, “[t]here cannot be a rule of law without access, otherwise the rule of law is replaced by a rule of men and women who decide who shall and who shall not have access to justice” (p. 230). The Court adopted, at p.

230, the B.C. Court of Appeal's statement of the law ((1985), 20 D.L.R. (4th) 399, at p. 406):

. . . access to the courts is under the rule of law one of the foundational pillars protecting the rights and freedoms of our citizens. . . . Any action that interferes with such access by any person or groups of persons will rally the court's powers to ensure the citizen of his or her day in court. Here, the action causing interference happens to be picketing. As we have already indicated, interference from whatever source falls into the same category. [Emphasis added.]

As stated more recently in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, *per* Karakatsanis J., "without an accessible public forum for the adjudication of disputes, the rule of law is threatened and the development of the common law undermined" (para. 26).

[39] The s. 96 judicial function and the rule of law are inextricably intertwined. As Lamer C.J. stated in *MacMillan Bloedel*, "[i]n the constitutional arrangements passed on to us by the British and recognized by the preamble to the *Constitution Act, 1867*, the provincial superior courts are the foundation of the rule of law itself" (para. 37). The very rationale for the provision is said to be "the maintenance of the rule of law through the protection of the judicial role": *Provincial Judges Reference*, at para. 88. As access to justice is fundamental to the rule of law, and the rule of law is fostered by the continued existence of the s. 96 courts, it is only natural that s. 96 provide some degree of constitutional protection for access to justice.

[40] In the context of legislation which effectively denies people the right to take their cases to court, concerns about the maintenance of the rule of law are not abstract or theoretical. If people cannot challenge government actions in court, individuals cannot hold the state to account — the government will be, or be seen to be, above the law. If people cannot bring legitimate issues to court, the creation and maintenance of positive laws will be hampered, as laws will not be given effect. And the balance between the state's power to make and enforce laws and the courts' responsibility to rule on citizen challenges to them may be skewed: *Christie v. British Columbia (Attorney General)*, 2005 BCCA 631, 262 D.L.R. (4th) 51, at paras. 68-9, *per* Newbury J.A.

[41] This Court's decision in *Christie* does not undermine the proposition that access to the courts is fundamental to our constitutional arrangements. The Court in *Christie* — a case concerning a 7 percent surcharge on legal services — proceeded on the premise of a fundamental right to access the courts, but held that not “every limit on access to the courts is automatically unconstitutional” (para. 17). In the present case, the hearing fee requirement has the potential to bar litigants with legitimate claims from the courts. The tax at issue in *Christie*, on the evidence and arguments adduced, was not shown to have a similar impact.

[42] Nor does the argument that legislatures generally have the right to determine the cost of government services undermine the proposition that laws cannot prevent citizens from accessing the superior courts. (Indeed, the Attorney General

does not assert such a proposition.) The right of the province to impose hearing fees is limited by constitutional constraints. In defining those constraints, the Court does not impermissibly venture into territory that is the exclusive turf of the legislature. Rather, the Court is ensuring that the Constitution is respected.

[43] I conclude that s. 92(14), read in the context of the Constitution as a whole, does not give the provinces the power to administer justice in a way that denies the right of Canadians to access courts of superior jurisdiction. Any attempt to do so will run afoul of the constitutional protection for the superior courts found in s. 96.

C. *When Do Hearing Fees Become Unconstitutional?*

[44] The remaining question is how to determine when hearing fees deny access to superior courts.

[45] Litigants with ample resources will not be denied access to the superior courts by hearing fees. Even litigants with modest resources are often capable of arranging their finances so that, with reasonable sacrifices, they may access the courts. However, when hearing fees deprive litigants of access to the superior courts, they infringe the basic right of citizens to bring their cases to court. That point is reached when the hearing fees in question cause undue hardship to the litigant who seeks the adjudication of the superior court.

[46] A hearing fee scheme that does not exempt impoverished people clearly oversteps the constitutional minimum — as tacitly recognized by the exemption in the B.C. scheme at issue here. But providing exemptions only to the truly impoverished may set the access bar too high. A fee that is so high that it requires litigants who are not impoverished to sacrifice reasonable expenses in order to bring a claim may, absent adequate exemptions, be unconstitutional because it subjects litigants to undue hardship, thereby effectively preventing access to the courts.

[47] Of course, hearing fees that prevent litigants from bringing frivolous or vexatious claims do not offend the Constitution. There is no constitutional right to bring frivolous or vexatious cases, and measures that deter such cases may actually increase efficiency and overall access to justice.

[48] It is the role of the provincial legislatures to devise a constitutionally compliant hearing fee scheme. But as a general rule, hearing fees must be coupled with an exemption that allows judges to waive the fees for people who cannot, by reason of their financial situation, bring non-frivolous or non-vexatious litigation to court. A hearing fee scheme can include an exemption for the truly impoverished, but the hearing fees must be set at an amount such that anyone who is not impoverished can afford them. Higher fees must be coupled with enough judicial discretion to waive hearing fees in any case where they would effectively prevent access to the courts because they require litigants to forgo reasonable expenses in order to bring claims. This is in keeping with a long tradition in the common law of providing

exemptions for classes of people who might be prevented from accessing the courts — a tradition that goes back to the *Statute of Henry VII*, 11 Hen. 7, c. 12, 1495, which provided relief for people who could not afford court fees.

D. *Application to Hearing Fee at Issue*

[49] To recap, provinces may impose hearing fees as part of the administration of justice. However, this power does not extend to hearing fees that effectively prevent litigants from accessing the courts because they cannot afford the fees.

[50] On the findings of the trial judge, the hearing fee scheme at issue in this case places an undue hardship on litigants and impedes the right of British Columbians to bring legitimate cases to court.

[51] The trial judge held that the primary purpose of the hearing fee scheme is to provide an incentive for efficient use of court time and a disincentive for lengthy and inefficient trials (para. 309). The secondary purpose of the scheme is to provide sufficient revenue to offset the costs of providing civil justice in Provincial Court Small Claims matters, Supreme Court civil claims, and Supreme Court family claims (paras. 302-7). To put it in other words, the Province's aim is to establish a revenue-neutral trial service.

[52] The trial judge, affirmed by the Court of Appeal, found that B.C.'s hearing fees go beyond these purposes and limit access to courts for litigants who are

not indigent or impoverished (and therefore who do not fall under the exemption provision), but for whom the hearing fees are nonetheless unaffordable. This is supported by the evidence. At trial, the appellants filed a report by economist Robert Carson, who used a “Market Basket Measure” (“MBM”) developed in 2003 by Human Resources Development Canada to measure poverty. Assuming that the test for the indigency exemption was based on an MBM measure of poverty, he concluded that a significant percentage of the population would not be exempted from hearing fees (because their income is above MBM), but would nonetheless have great difficulty affording the hearing fees for a 10-day trial, like the one in this case, because the fees would equal or exceed any income in excess of MBM. In other words, the effect of the fees is unconstitutional, because for many litigants, bringing a claim would require sacrificing reasonable expenses.

[53] Mr. Carson’s summary is as follows:

In 2005 the median after tax income of couples households in B.C., without children, was \$53,468. About 8.7% of couples without children had incomes below MBM which is, in my opinion, a conservative (that is, a relatively low) estimate of the line between poverty and income sufficient to meet people’s basic needs. Adding \$15,000 to MBM results in an estimate of 82,500 couples whose incomes were above MBM and therefore, too high to qualify for exemption from hearing fees, using an MBM based test, but still well below the median level. In this group, comprising one couple in five, incomes ranged from \$21,745, the amount required simply to cover basic needs to \$36,745, an amount sufficient to increase average daily expenditures per household member by about \$20 above MBM. At the upper end of the income range in this group, fees for a ten day trial would equal the daily spendable income, in excess of MBM, for almost three months.

Among couples households with children median income was \$68,357 in 2005. MBM for B.C. couples with children was about \$34,750 in that year. About 15% of couples with children had incomes below MBM. Adding \$15,000 to MBM resulted in an estimate of 67,000 couples with relatively low incomes who would not meet an MBM based test for indigence. The addition of \$15,000 to MBM income increased spendable income by about \$11 per day per household member, in couples families with children. The number of couples with incomes exceeding MBM either marginally, or by as much as \$15,000 per year, is about equal to the number of couples with incomes below MBM who could qualify for exemption. In other words, there are at least as many people who would not be exempt from fees, but who would be hard pressed to meet the cost of hearing fees, as there are who could claim exemption.

Among female loan [sic] parent families in private households, median income in 2005 was \$33,151. About four in ten such households would meet an MBM based test for indigence. Adding \$15,000 to MBM results in an estimate of 31,600 families with incomes between MBM and \$43,700. About one loan [sic] parent female headed family in four would not meet an MBM based test for indigence but would, at the outside, be able to spend \$12 per day per family member more than MBM. Similar calculations, for loan [sic] parent families headed by males, adds about 7,000 families to those I would consider to be living on modest incomes, with similarly limited ability to bear the costs of hearing fees.

Among single men median pre-tax income in 2005 was \$28,175 and among single women, it was \$22,833. About 28% of all singles had incomes below MBM and about one in five had incomes between MBM and the medians. Medians exceeded MBM by \$12,645 (men) and \$7,300 (women). It is my opinion that among single people in B.C. at least half either would either have to seek indigent status, or would find hearing fees to be a significant barrier to their access to a court.

On the basis of fairly limited information with respect to income distribution and the extent and quality of participation in paid work among First Nations people, recent immigrants and the disabled it is my opinion that people in these groups are certain to be over-represented among those likely to qualify for indigent status, and among those with incomes that are too high to qualify for indigence, but low enough that hearing fees would represent a significant barrier to recourse to a court. [Emphasis added.]

[54] Mr. Carson's evidence was based on the Province's previous hearing fee scheme, in place at the time this case began. However, in my view, it is equally relevant to the current hearing fee regime. Under the current *Supreme Court Civil Rules*, the fee for a 10-day trial is \$3,500 — almost the same as under the previous *Supreme Court Rules*.

[55] Indeed, the effect of B.C.'s hearing fee scheme is illustrated in this case. Ms. Vilardell is not “impoverished”, and is therefore not caught by the exemption provision. However, the fee for Ms. Vilardell's 10-day trial amounted to her family's net monthly income. This was on top of \$23,000 already spent on lawyer fees. She could not afford the fee. That the fee arbitrarily was imposed only on Ms. Vilardell and escalated with the length of the trial — even though she did not control the length of the trial — worsened her situation.

[56] The Province argues that the exemption provision for impoverished litigants should be interpreted broadly to allow a judge to waive the hearing fees in appropriate cases, thereby avoiding the potentially unconstitutional impact of the scheme. I cannot accept this submission.

[57] The current exemption, cited above, provides an exemption for people receiving benefits under the *Employment and Assistance Act*, S.B.C. 2002, c. 40, and the *Employment and Assistance for Persons with Disabilities Act*, S.B.C. 2002, c. 41, or for persons who are “otherwise impoverished”. The exemption in place at the time of the trial provided that a judge could waive all fees for a person who is “indigent”.

I conclude that these exemptions do not provide sufficient discretion to the trial judge to exempt litigants from having to pay hearing fees in appropriate circumstances.

[58] I agree with the view of the trial judge that the plain meaning of the words “impoverished” and “indigent” does not cover people of modest means who are nonetheless prevented from having a trial because of the hearing fees:

The AGBC . . . reconciles the principle that the courts are meant to be accessible by pointing to the indigency exemption. It is clear, however, that if indigency is not redefined to include those who would otherwise be described as middle class, many will be forced to forego the assertion of their rights and interests in a courtroom for lack of money. I again note that in this particular case the cost of hearing fees for 10 days approached the net income of the family for a month.

. . .

. . . The AGBC’s answer dares the courts to redefine indigency — while maintaining the label — in a manner that would bring the whole exercise into disrepute. The courts simply do not engage in calling things what they are not, and could not be enlisted into an executive function by administering a more general form of means test to those who come before them, without compromising the appearance of independence, and the fact of equality before the law, as the TLABC has noted: see para. 180 herein. The “indigency” remedy does not cure this obvious impediment to access to justice. [paras. 396 and 398]

[59] Like the trial judge, I am of the view that the courts must read “impoverished” in its ordinary sense. A judge may waive fees for the very poor, and no one else. As the trial judge noted, while a person who cannot afford a fee of \$100 or \$200 may properly be described as “indigent” or “impoverished”, it is awkward to use these terms to describe a middle class family’s inability to pay a fee that amounts

to a month's net salary. As the trial judge found, there "may be something at odds between the indigency test and the level of the fees" (para. 26).

[60] Other objections to the exemption provision can be raised. Litigants are required to come before the court, explain why they are indigent and beg the court to publicly acknowledge this status and excuse the payment of fees. This is arguably an affront to dignity and imposes a significant burden on the potential litigant of adducing proof of impoverishment — a burden she may be unable or unwilling to assume. This burden may further hamper access to the court. In clear cases of impoverishment, the task may be relatively straightforward. However, if "impoverished" were extended to the large group of additional people that the evidence indicates is prevented from going to court because of the current hearing fees, the task might be much more complex. In such circumstances, there is a practical concern the exemption application itself may contribute to hardship.

[61] The contention that this hearing fee regime promotes proportionality and efficiency by weeding out unmeritorious cases and encouraging shorter trials, thereby actually increasing access to the courts, does not answer the findings of the trial judge that it unconstitutionally prevents access to the courts. Moreover, the trial judge held that it is "dubious" that the hearing fees at issue here increase efficacy and fairness (para. 310). They penalize long trials simply because they are long, and do so by incremental leaps. But long trials are not necessarily inefficient. Prolonged trials may be caused by the nature of the case or the evidence. Litigants in long but

efficient trials ought not to be penalized by hearing fees — particularly fees that escalate with the length of the trial.

[62] Moreover, the plaintiff who is required to pay the hearing fee may not control the length or efficiency of the trial — the defendant may be responsible for prolonging the matter. The ability of the trial judge to make orders for costs against such a defendant does not address the real problem — before being able to set a matter down for trial the plaintiff must undertake to pay hearing fees that may escalate through no fault of her own. If she cannot afford the prospective fees, she may reasonably conclude that she cannot bring her dispute to the court.

[63] Most fundamentally, unlike cost awards, the imposition of the hearing fees at issue are not dependent on efficiency or the merit of one's claim. The hearing fees imposed by this scheme escalate to \$800 per day after 10 days of trial — the highest price tag in the country — without any relationship to the efficiency of the proceeding. These hearing fees do not promote efficient use of court time; at best they promote *less* use of court time.

[64] I conclude that the hearing fee scheme prevents access to the courts in a manner inconsistent with s. 96 of the Constitution and the underlying principle of the rule of law. It therefore falls outside the Province's jurisdiction under s. 92(14) to administer justice.

VI. What Is the Appropriate Remedy?

[65] This leaves the question of the appropriate remedy. The trial judge struck down the scheme as unconstitutional. The Court of Appeal preferred the remedy of “reading in” the words “or in need” into the exemption provision.

[66] “Reading in” is a remedy sparingly used, and available only where it is clear that the legislature, faced with a ruling of unconstitutionality, would have made the change proposed: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. I am not satisfied that this condition is met here. The legislature or Lieutenant Governor in Council has a number of options, from abandoning or modifying the hearing fee to changing the exemption provision. Moreover, any expansion of the exemption provision will be at odds with the legislative objective of deterring use of the courts. “Reading in” to cure the constitutional defect of the hearing fee scheme would defeat the purpose of the legislation.

[67] I would also note that modifying the exemption as suggested by the Court of Appeal might still not cure the problem; it is not clear that the term “or in need” will cover all litigants who cannot afford the hearing fee and other provisions might be required in order to avoid the onerous or undignified process of proving that one falls within the exception.

[68] The proper remedy is to declare the hearing fee scheme as it stands unconstitutional and leave it to the legislature or the Lieutenant Governor in Council to enact new provisions, should they choose to do so.

VII. Conclusion

[69] The appeal is allowed and the cross-appeal is dismissed, both without costs. I would affirm the declaration of unconstitutionality of the trial judge and set aside the order of the Court of Appeal expanding the exemption provision. Ms. Vilardell is excused from paying the hearing fee.

The following are the reasons delivered by

CROMWELL J.—

[70] I prefer to resolve this case on administrative law grounds and find that it is unnecessary to address the broader constitutional issues raised by the appellants. The submissions made by the Attorney General of British Columbia in my view make it desirable to follow this narrower route to the resolution of the appeal.

[71] First, the Attorney General concedes that there is a common law right of reasonable access to civil justice: R.F., at para. 10. I agree. Courts in Canada and the United Kingdom have recognized the existence of this right: *Polewsky v. Home Hardware Stores Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 600 (S.C.J.), at para. 60; *Fabrikant v. Canada*, 2014 FCA 89, 459 N.R. 163, at para. 7; *Toronto-Dominion Bank v. Beaton*, 2012 ABQB 125, 534 A.R. 132, at paras. 17-20; in the United Kingdom, see *R. v.*

Lord Chancellor, Ex parte Witham, [1998] Q.B. 575, at p. 585; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p. Saleem*, [2000] 4 All E.R. 814 (C.A.), at p. 820.

[72] It is widely accepted, and the Attorney General agrees, that this right of reasonable access may only be abrogated by clear statutory language: *Polewsky*, at para. 60; *Witham*, at p. 585; *Saleem*, at p. 821. The Attorney General does not suggest that there is any such clear language in the *Court Rules Act*, R.S.B.C. 1996, c. 80. On the contrary, the Attorney General's position is that this common law right is *preserved* by the Act: R.F., at para. 10.

[73] The Attorney General also rightly points out that since the hearing fees in dispute here are found in subordinate legislation made under the authority of the *Court Rules Act*, they should be reviewed for consistency with the Act. As I have said, the Attorney General's position, which I accept, is that the right is preserved, not abrogated by the Act: R.F., at paras. 10 and 12. It follows, as the Attorney General submits, that subordinate legislation purportedly adopted pursuant to the *Courts Rules Act* which is inconsistent with the common law right of access to civil justice is *ultra vires*: *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810, at para. 24.

[74] The Attorney General submits, and I agree, that the common law right of access to civil justice allows court fees, but only if there is an exemption to ensure that no person is prevented from making an arguable claim or defence because he or she lacks the resources to carry on the proceeding: R.F., at para. 71. This is a flexible

standard: whether a person has the ability to pay the fees depends not only on wealth and income, but also on the amount of their reasonable, necessary expenses and the magnitude of the fees: *ibid.*, at para. 72.

[75] Finally, the Attorney General submits, again in my view correctly, that if the hearing fee exemptions cannot be interpreted to ensure that the common law right of access is not defeated, then the fees are *ultra vires* the *Court Rules Act*: R.F., at para. 47.

[76] The trial judge found as a fact that the hearing fees are unaffordable and therefore limit access for litigants who do not fall within the exemptions for the indigent and the impoverished. This finding and the evidentiary basis for it are reviewed in the Chief Justice's reasons, at paras. 52-55. Like the Chief Justice, I accept this key factual conclusion of the trial judge. It follows that the issue then becomes whether the exemptions under the *Court Rules Act* can be interpreted so that they are consistent with the common law right of access to civil justice, which is preserved, as the Attorney General submits, by the *Court Rules Act*.

[77] On that question, I agree with the Chief Justice and the trial judge: the plain meaning of the exemption, referring to persons who are "impoverished" and "indigent" cannot be interpreted to cover people of modest means who are prevented from having a trial because of the hearing fees: trial judge's reasons, 2012 BCSC 748, 260 C.R.R. (2d) 1, at paras. 396-98; reasons of the Chief Justice, at para. 61.

[78] In summary, the hearing fees do not meet the common law standard which the Attorney General correctly accepts is preserved by the *Court Rules Act*. The exemption cannot be interpreted in a way that would do so. It follows, in accordance with the Attorney General's submissions, that the fees are *ultra vires* the regulation-making authority conferred by the *Court Rules Act*.

[79] I would therefore allow the appeal, dismiss the cross-appeal, set aside the order of the Court of Appeal and in its place declare that the hearing fees are *ultra vires* the *Court Rules Act*. Ms. Vilardell does not have to pay the hearing fee. It is not necessary for me to answer the constitutional question. I would make no order as to costs.

The following are the reasons delivered by

ROTHSTEIN J.—

[80] Courts do not have free range to micromanage the policy choices of governments acting within the sphere of their constitutional powers. This appeal concerns the constitutionality of a hearing fee scheme contained in the British Columbia *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, to encourage the efficient use of courtroom time in civil courts and to recoup some of the costs for the provision of such time. The appellants submit that the imposition of hearing fees is unconstitutional. The majority finds that the hearing fees *do* fall within the powers of

a province to make laws in relation to the administration of justice in the province but that they are nevertheless unconstitutional when they cause undue hardship to some litigants and effectively prevent their access to courts. In the majority's view, s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, supported by the rule of law, provides a general right to access the courts. They find that this right is undermined by hearing fees that Canadians cannot afford.

[81] In my respectful view, the British Columbia hearing fee scheme does not offend any constitutional right. The majority must base its finding on an overly broad reading of s. 96, with support from the unwritten constitutional principle of the rule of law, because there is no express constitutional right to access the civil courts without hearing fees.

[82] In engaging on professed constitutional grounds, the question of the affordability of government services to Canadians, the majority enters territory that is quintessentially that of the legislature. The majority looks at the question solely from the point of view of the party to litigation required to undertake to pay the hearing fee. It does not consider, and has no basis or evidence upon which to consider, the questions of the financing of court services or the impact of reduced revenues from reducing, abolishing, or expanding the exemption from paying hearing fees. Courts must respect the role and policy choices of democratically elected legislators. In the absence of a violation of a clear constitutional provision, the judiciary should defer to the policy choices of the government and legislature. How will the government deal

with reduced revenues from hearing fees? Should it reduce the provision of court services? Should it reduce the provision of other government services? Should it raise taxes? Should it incur debt? These are all questions that are relevant but that the Court is not equipped to answer. I respectfully dissent.

VIII. Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867*

[83] Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* entrusts the administration of justice in the provinces to provincial legislatures. Legislatures must balance a number of important values, including providing access to courts and ensuring that those same courts are adequately funded. They are accountable to voters for the choices they make. In a constitutional democracy such as ours, courts must be wary of subverting democracy and its accountability mechanisms beneath an overly expansive vision of constitutionalism.

[84] In *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, Beetz J. stated that unlike in a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* case,

in a distribution of powers case, once it is demonstrated that the enacting legislature is competent, the balancing of conflicting values depends on the political judgment of such legislature and cannot be reviewed by the courts without their passing upon the wisdom of the legislation. [p. 56]

Accordingly, absent a violation of the *Charter* and within the bounds of their constitutional jurisdiction, provincial legislatures have leeway to make policy decisions regarding the allocation of funding and the recovery of costs.

[85] In this appeal, the majority does not dispute that the provinces are competent to prescribe hearing fees under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. Yet they nevertheless proceed to assess whether the hearing fees infringe a general right to access the courts, a right derived from an overly expansive understanding of both s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, and the unwritten principle of the rule of law. In my view, this inquiry unduly enlarges the role of courts and hampers the ability of legislatures to respond to complex legislative challenges.

[86] I therefore take exception to the majority striking down the British Columbia hearing fee scheme on a novel reading of s. 96 and the rule of law. On the contrary: it is well established that provinces have the power under s. 92(14) to enact laws that prescribe conditions on access to the courts. In *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, this Court expressly held:

The legislature has the power to pass laws in relation to the administration of justice in the province under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. This implies the power of the province to impose at least some conditions on how and when people have a right to access the courts. [Emphasis added; para. 17.]

[87] This is not to deny that universal, free (or at least affordable) access to courts is a laudable goal; it is merely to say that s. 96 and the unwritten principle of

the rule of law cannot be used to force provincial governments to expend funds or forego cost recovery to bring this goal to fruition. As this Court recently found, “the allocation of resources between competing priorities remains a policy and economic question; it is a political decision and the legislature and the executive are accountable to the people for it” (*Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 43, *per* Karakatsanis J.).

IX. Section 96 of the *Constitution Act, 1867*

[88] The majority states that s. 96 of the *Constitution Act, 1867* limits the power of the provinces to administer justice under s. 92(14). It is true that s. 96 protects the core jurisdiction of superior courts that is integral to their operations. In *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, this Court stated:

Destroying part of the core jurisdiction would be tantamount to abolishing the superior courts of general jurisdiction, which is impermissible without constitutional amendment. [para. 37, *per* Lamer C.J.]

[89] However, it does not follow that legislation that places conditions on access to superior courts removes or infringes upon an aspect of their core jurisdiction. In *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, Dickson J. (as he then was) established a three-part test for determining whether legislation impermissibly removes an aspect of the core jurisdiction of superior courts. This Court later affirmed and summarized the test as follows:

The first branch of the test is an historical inquiry into “whether the power or jurisdiction conforms to the power or jurisdiction exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation” (p. 734). . . . The second step asks whether the function in question is “judicial” in its institutional setting, and [Dickson J.] contrasts “judicial” functions with policy making functions. The final branch of the test involves an assessment of the “tribunal’s function as a whole in order to appraise the impugned function in its entire institutional context” (p. 735).

(*MacMillan Bloedel*, at para. 12, citing *Residential Tenancies*.)

[90] But the majority on this appeal does not apply this test because no aspect of the core jurisdiction of superior courts is removed by legislation that merely places limits on access to superior courts. In the absence of any demonstrated destruction of the core powers of the superior courts, there is no such removal sufficient to find a violation of s. 96. Instead, the majority approach significantly expands what is meant by the “core jurisdiction” of the superior courts beyond what is contemplated in the text or this Court’s jurisprudence on the scope of s. 96. The cases cited by the majority speak of the inability of governments to remove “core” or “inherent jurisdiction”, as doing so “emasculates the court, making it something other than a superior court” (*MacMillan Bloedel*, at para. 30; see also *Residential Tenancies*; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220). The British Columbia government’s measures cannot be said to have “emasculated” B.C. courts or to have made them something “other than a superior court”. The hearing fees are a financing mechanism and do not go to the very existence of the court as a judicial body or limit the types of powers it may exercise. The concept of core jurisdiction in s. 96 cannot justify striking down the regulations at issue in this appeal.

X. The Rule of Law

[91] The majority reads the unwritten principle of the rule of law as supporting the striking down of legislation otherwise properly within provincial jurisdiction. It is true that this Court has, on occasion, turned to unwritten principles to fill in “gaps in the express terms of the constitutional text” (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 104). But there are no such gaps in the text of s. 92(14). With respect, gaps do not exist simply because the courts believe that the text should say something that it does not. This Court, in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, reiterated its earlier insistence on the primacy of the written constitutional text, stating that unwritten principles “could not be taken as an invitation to dispense with the written text of the Constitution” (para. 53, affirming *Re: Remuneration of Judges*, at paras. 93 and 104). The written constitutional provisions guide government action and provide the touchstone for judicial review, anchoring the authority of courts to invalidate non-compliant laws enacted by democratically elected governments.

[92] There is no express right of general access to superior courts for civil disputes in the text of the Constitution. Rather, the Constitution specifies the particular instances in which access to courts is guaranteed. Section 24(1) of the *Charter* provides that persons whose *Charter* rights have been infringed or denied may apply to the courts for a remedy. It is in this sense that this Court, in *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, held that access to

courts for the purpose of vindicating *Charter* rights is protected (pp. 228-29). Section 11(d) of the *Charter* guarantees persons charged with an offence the right “to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal”.

[93] But the majority uses the rule of law to support reading a general constitutional right to access the superior courts into s. 96. This provision of the *Constitution Act, 1867* requires that the existence and core jurisdiction of superior courts be preserved, but this does not, for the reasons herein, *necessarily* imply the general right of access to superior courts described by the majority. So long as the courts maintain their character as judicial bodies and exercise the core functions of courts, the demands of the Constitution are satisfied. In using an unwritten principle to support expanding the ambit of s. 96 to such an extent, the majority subverts the structure of the Constitution and jeopardizes the primacy of the written text.

[94] This purported constitutional right to access the courts circumvents the careful checks and balances built into the structure of the *Charter*. Unlike *Charter* rights, rights read into s. 96 are absolute. They are not subject to s. 1 justification or the s. 33 notwithstanding clause. These provisions reflect a recognition that, in certain circumstances, governments will be permitted to enact legislation or take action that places limits on *Charter* rights. Indeed, s. 33 contemplates and permits the legislative override of, among other things, the fundamental freedoms described in s. 2, the right to life, liberty and security of the person embodied by s. 7, and numerous rights

applicable in the criminal context. The question my colleagues avoid answering is why access to superior courts for civil disputes warrants even stronger protection than those rights expressly enumerated in the *Charter*.

[95] I now turn to the specific unwritten constitutional principle invoked by the majority.

[96] The majority proposes to invalidate those provincial laws relating to the administration of justice that, in their view, are contrary to the rule of law. The unwritten principle of the rule of law, as defined by this Court, consists of three elements:

- (1) “[T]he law is supreme over officials of the government as well as private individuals, and thereby preclusive of the influence of arbitrary power” (*Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 748);
- (2) The rule of law “requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order” (*ibid.*, at p. 749); and
- (3) “[T]he exercise of all public power must find its ultimate source in a legal rule” (*Reference re Secession of Quebec*, at para. 71, quoting *Re: Remuneration of Judges*, at para. 10).

As this Court found in *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, “none of the principles that the rule of law embraces speak directly to the terms of legislation” (para. 59).

[97] This Court has clearly and persuasively cautioned against using the rule of law to strike down legislation:

So understood, it is difficult to conceive of how the rule of law could be used as a basis for invalidating legislation such as the Act based on its content. . .

This does not mean that the rule of law as described by this Court has no normative force. As McLachlin C.J. stated in *Babcock*, at para. 54, “unwritten constitutional principles”, including the rule of law, “are capable of limiting government actions”. See also *Reference re Secession of Quebec*, at para. 54. But the government action constrained by the rule of law as understood in *Reference re Manitoba Language Rights* and *Reference re Secession of Quebec* is, by definition, usually that of the executive and judicial branches. Actions of the legislative branch are constrained too, but only in the sense that they must comply with legislated requirements as to manner and form (i.e., the procedures by which legislation is to be enacted, amended and repealed). [Emphasis added.]

(*Imperial Tobacco*, at paras. 59-60)

[98] To circumvent this caution against using the rule of law as a basis for striking down legislation, the majority characterizes the rule of law as a limitation on the jurisdiction of provinces under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. The majority acknowledges that imposing hearing fees is a permissible exercise of the province’s jurisdiction according to the *written* constitutional text — that is, s. 92(14) (para. 23). But they ultimately conclude that the hearing fees fall outside the

province's jurisdiction in part because the fees are inconsistent with the *unwritten* principle of the rule of law (paras. 38-40). Dressing the rule of law in division-of-powers clothing does not disguise the fact that the rule of law, an unwritten principle, cannot be used to support striking down the hearing fee scheme.

[99] In using the rule of law to support the striking down of legislation that is indisputably within the scope of s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, without attention to this Court's entrenched understanding of the rule of law, the majority ignores this Court's caution in *Imperial Tobacco*:

The rule of law is not an invitation to trivialize or supplant the Constitution's written terms. Nor is it a tool by which to avoid legislative initiatives of which one is not in favour. On the contrary, it requires that courts give effect to the Constitution's text, and apply, by whatever its terms, legislation that conforms to that text. [Emphasis added; para. 67.]

With respect, the rule of law does not demand that this Court invalidate the hearing fee scheme — if anything, it demands that we uphold it.

[100] The unwritten principles of our Constitution often work at cross purposes. Even if we were to accept that the rule of law favours striking down the hearing fees, the unwritten principle of democracy favours upholding legislation passed by democratically elected representatives which conforms to the express terms of the Constitution. As the Court stated in *Imperial Tobacco*, "in a constitutional democracy such as ours, protection from legislation that some might view as unjust or unfair

properly lies not in the amorphous underlying principles of our Constitution, but in its text and the ballot box” (para. 66).

[101] *Imperial Tobacco* offers yet another caution against reading the unwritten principle of the rule of law too broadly: it would “render many of our written constitutional rights redundant and, in doing so, undermine the delimitation of those rights chosen by our constitutional framers” (para. 65). As noted above, s. 11(d) of the *Charter* specifically includes a right of access to the courts for a person charged with an offence and s. 24(1) gives this right to those vindicating their *Charter* rights. These provisions would be unnecessary if the Constitution already contained a more general right to access superior courts.

[102] In any event, the rule of law is a vague and fundamentally disputed concept. In *Imperial Tobacco*, this Court endorsed the observation of Strayer J.A. that “[a]dvocates tend to read into the principle of the rule of law anything which supports their particular view of what the law should be” (para. 62, citing *Singh v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 185 (C.A.), at para. 33). To rely on this nebulous principle to invalidate legislation based on its content introduces uncertainty into constitutional law and undermines our system of positive law.

XI. The Hearing Fees Are Not Unconstitutional

[103] Even if there were a constitutional basis upon which to challenge the British Columbia hearing fee scheme, I would not find the scheme to be unconstitutional.

[104] The majority holds that the hearing fee scheme is unconstitutional because it “places an undue hardship on litigants and impedes the right of British Columbians to bring legitimate cases to court” (para. 50). The primary source of the violation appears to be the inadequacy of the impoverishment exemption (see paras. 55-59).

[105] But the majority’s approach to determining whether hearing fees prevent litigants from accessing the courts overlooks some important contextual considerations. In particular, the majority does not account for measures that offset the burden of hearing fees or eliminate them altogether. When these measures are taken into consideration, there is no indication that the hearing fees at issue would prevent litigants from bringing meritorious legal claims.

[106] First, the so-called “indigency” exemption (applicable at trial) was replaced in 2010. Rule 20-5(1) now reads:

Court may determine impoverished status

- (1) If the court, on application made in accordance with subrule (3) before or after the start of a proceeding, finds that a person receives benefits under the *Employment and Assistance Act* or the *Employment and Assistance for Persons with Disabilities Act* or is otherwise impoverished, the court may order that no fee is

payable by the person to the government under Schedule 1 of Appendix C in relation to the proceeding unless the court considers that the claim or defence

- (a) discloses no reasonable claim or defence, as the case may be,
- (b) is scandalous, frivolous or vexatious, or
- (c) is otherwise an abuse of the process of the court.

[107] In my view, the updated impoverishment exemption provides a measure of discretion to trial judges in determining its application. The term “may” establishes a foundational discretion. But the addition of the phrase “otherwise impoverished” indicates that a trial judge may exercise this discretion where the hearing fees themselves would be a source of impoverishment. This is the approach adopted by the British Columbia Court of Appeal (interpreting the indigency exemption in the British Columbia *Court of Appeal Rules*) in *De Fehr v. De Fehr*, 2001 BCCA 485, 156 B.C.A.C. 240:

Although the applicant in this case has regular employment income, I am persuaded that after he meets the support obligations imposed in the trial court, along with his own expenses, he would effectively be denied access to the courts by reason of impecuniosity if he were required to pay the fees to the Crown. [para. 16]

[108] However, while courts have discretion in applying the impoverishment exemption, it is not unlimited: it should be exercised only where a litigant is impoverished or, if not impoverished, would be rendered so if required to pay the hearing fees. In this regard, I agree with the trial judge’s observation that the “courts simply do not engage in calling things what they are not, and could not be enlisted

into an executive function by administering a more general form of means test to those who come before them” (2012 BCSC 748, 260 C.R.R. (2d) 1, at para. 398).

[109] Second, the financial burden of hearing fees, a disbursement, may be reapportioned through both interim and final costs awards (Rule 14-1 of the British Columbia *Supreme Court Civil Rules*). Judges may consider factors such as the success of a party, the reasonableness of the positions taken, the importance of the case, and whether one party was responsible for an excessively lengthy hearing.

[110] Third, and most importantly, judges have a key role to play in limiting hearing fees. Active judicial case management is critical to ensuring reasonable timelines in civil proceedings and efficient use of court resources, especially in the case of self-represented litigants. I agree with the trial judge that courts must be careful, in situations involving self-represented litigants, not to appear to refuse relevant evidence (para. 19). But judges must enforce the requirement for relevance so that evidence that does not bear directly on the issues will not prolong a trial. In this context, judges are entrusted with the obligation to manage the resources of the court in the interests of justice and, with respect to hearing fees, to have regard for the interests of the litigants. As this Court has recently noted in the context of summary judgment proceedings, “it is the motion judge, not counsel, who maintains control over the extent of the evidence to be led and the issues to which the evidence is to be directed” (*Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at para. 61, quoting *Combined Air Mechanical Services Inc. v. Flesch*, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1,

at para. 60). There is no reason to think that this case-management principle of *Hryniak* should not extend to all court proceedings, especially those involving self-represented parties.

[111] Finally, my colleagues rely on the evidence of economist Robert Carson for their assessment of the affordability of hearing fees. Like Mr. Carson, they use the amount of hearing fees for a 10-day trial as the benchmark. The hearing fees, in their view, are unfair because the party “who is required to pay the hearing fee may not control the length or efficiency of the trial” (para. 62).

[112] Yet characterizing 10-day trials as the norm skews the analysis. There is no reason to believe that a 10-day trial is standard. Under the British Columbia hearing fee scheme, the first three days are free, which incentivizes short, efficient trials (see Schedule 1 of Appendix C of the *Supreme Court Civil Rules*). And, as discussed above, judges have an obligation to ensure that trials do not consume unnecessarily lengthy periods.

[113] I make two final observations regarding the “[o]ther objections” to the hearing fees raised by the majority at paras. 60-63.

[114] First, my colleagues at once indicate that judges must have sufficient discretion in applying exemptions to fees (para. 48), and yet critique the very existence of the exemption provision on the basis that it requires litigants to apply to the court (para. 60). These two positions are irreconcilable: it is not possible in the

same breath to provide for increased judicial discretion and eliminate the requirement that litigants apply to have such discretion exercised.

[115] In any event, I question whether the application to be exempted from hearing fees is any more an “affront to dignity” than other applications made in court (majority reasons, at para. 60). As the majority acknowledges, such applications are usually made on an *ex parte* basis. And, in the family law context, the assets and liabilities of the parties are regularly exposed to courts charged with determining levels of spousal support.

[116] Second, I do not agree that the “hearing fees do not promote efficient use of court time” (majority reasons, at para. 63). The comment of the trial judge that the efficacy of the hearing fees is “dubious” (para. 310) is not a finding of fact. It is true that hearing fees incentivize parties to use less court time where possible. But this, in turn, encourages efficiency by promoting prioritization and dissuading excessive use of court time. Incentivizing efficient use of court time addresses the problem that excessive use of court time by one party may delay or deny access to other litigants.

XII. Conclusion

[117] For the reasons above:

(a) I would answer the constitutional question stated in this appeal as follows:

Are the hearing fees set out in paragraph 14 of Appendix C, Schedule 1 (B.C. Reg. 10/96, as amended) and the hearing fees set out in paragraphs 9 and 10 of Appendix C, Schedule 1 (B.C. Reg. 168/2009, as amended), unconstitutional on the basis that they infringe a right of access to justice and thereby offend the rule of law?

No.

- (b) I would dismiss the appeal from the Court of Appeal's order setting aside the trial judge's order striking down the hearing fees without costs;
- (c) I would allow the appeal from the Court of Appeal's decision to read in "or in need" to the exemption provision without costs (2013 BCCA 65, 43 B.C.L.R. (5th) 217, at para. 41);
- (d) I would allow the cross-appeal without costs;
- (e) I would allow the appeal from the Court of Appeal's order relieving Ms. Vilardell from paying the hearing fees and remit this question to the trial judge for determination.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed, ROTHSTEIN J. dissenting.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal the Trial Lawyers Association of British Columbia: Miller Thomson, Vancouver.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal the Canadian Bar Association — British Columbia Branch: Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitor for the respondent/appellant on cross-appeal: Attorney General of British Columbia, Victoria.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver; Jordan Battista, Toronto.

Solicitors for the intervener the West Coast Women's Legal Education and Action Fund: Young, Anderson, Vancouver.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: Blake, Cassels & Graydon, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Tab 23

COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: ***Canadian Bar Assn. v. British Columbia,***
2008 BCCA 92

Date: 20080303
Docket: CA034484

Between:

Canadian Bar Association

Appellant
(Plaintiff)

And

**Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia,
The Attorney General of British Columbia,
The Attorney General of Canada and Legal Services Society**

Respondents
(Defendants)

And

**BC Coalition of People with Disabilities
and National Anti-Poverty Organization**

Intervenors

Before: The Honourable Madam Justice Saunders
The Honourable Mr. Justice Thackray
The Honourable Mr. Justice Lowry

J.J. Camp, Q.C.,
S. Matthews,
M. Buckley and
G. Brodsky

Counsel for the Appellant

G.H. Copley, Q.C. and
J. Penner

Counsel for the Province of British Columbia

H.J. Wruck, Q.C.,
A.J. Semple and
S.C. Postman

Counsel for the Attorney General of Canada

J. Conkie, Q.C. and
M. Giles

Counsel for the BC Coalition of People with
Disabilities and the National Anti-Poverty
Organization

Place and Date of Hearing:

Vancouver, British Columbia
October 22 & 23, 2007

Place and Date of Judgment:

Vancouver, British Columbia
March 3, 2008

Written Reasons by:

The Honourable Madam Justice Saunders

Concurred in by:

The Honourable Mr. Justice Lowry

Reasons for Judgment of the Honourable Madam Justice Saunders:

- [1] In this action, the Canadian Bar Association challenges the legal aid system in British Columbia. On a preliminary motion, Chief Justice Brenner dismissed the action on the dual bases that the Association lacks standing to bring the claims and that the statement of claim should be struck under Rule 19(24) of the *Rules of Court* as disclosing no reasonable claim.
- [2] The action commenced by the Association is far-reaching. Broadly speaking, the Association claims that the legal aid system is so inadequate as to offend the Constitution of Canada, written and unwritten, as well as international human rights instruments. It seeks declarations to that effect, an order directing the Federal and Provincial Crowns to establish and maintain legal aid consistent with the norms it says have been breached, and an order that the court retain ongoing supervisory jurisdiction to ensure compliance.
- [3] The Association is the national bar organization. It does not have a direct interest in the action. Rather, success in the action, in addition to enhancing legal aid to members of the community, would increase the quantum of legal fees paid to lawyers, many if not most of whom are members of the Association.
- [4] The action is against Her Majesty the Queen in Right of British Columbia and the Attorney General of Canada, between them said by the Association to have responsibility for the inadequate funding. It has joined as well the Legal Services Society. The Legal Services Society is responsible for administering the legal aid scheme in the province. As the real issues raised are between the Association and

the two levels of government, the Legal Services Society made no submissions on the appeal.

[5] We did hear from intervenors, the BC Coalition of People with Disabilities and the National Anti-Poverty Organization, in support of the Association.

[6] This appeal is from the order of Chief Justice Brenner dismissing the action and from the order of costs. His reasons for judgment dismissing the action are indexed at 2006 BCSC 1342. His reasons for judgment ordering the Association to pay costs are indexed at 2007 BCSC 182.

[7] Chief Justice Brenner had before him two applications, one from Canada contending that the Association lacked standing and that the claim should be struck under Rule 19(24)(a), (b) and (d), and one from British Columbia contending that the Association lacked standing and that the claim should be struck under Rule 19(24)(a). He approached the applications by first considering the issue of standing, and then moved to the pleadings and Rule 19(24).

[8] In considering the issue of standing Chief Justice Brenner reviewed the quartet of cases: *Thorson v. Canada (Attorney General)*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia (Board of Censors) v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; *Canada (Minister of Justice) v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; and *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, and extracted three questions as those that must be asked in analyzing a party's standing to seek a declaration:

- (1) whether there is a serious issue as to the invalidity of the legislation;

- (2) whether the plaintiff is affected directly by or has a genuine interest in the validity of the legislation; and
- (3) whether there is no other reasonable and effective manner by which the issue may be brought before the court.

[9] The Association contended unsuccessfully before Chief Justice Brenner, and repeated the submission before us, that it need establish only a serious issue, that it has a genuine interest in the issue, and that there is no other reasonable and effective manner by which the issue may be brought before this Court. In other words, the Association contends that an attack on government action is not required to be against legislation, but rather can be, as here, against a scheme. The Association explains the formulation of the criteria in the quartet and the reference to "the legislation" or to "the Act" in those cases as fit for the quartet, all of which involved legislation, but says there is no need in principle for standing to be determined by the role legislation plays in the claim.

[10] Although the reasons for judgment addressed the issue of standing before the Rule 19(24) application and the state of the pleadings, I would address the issues in the other order. I recognize, in addressing the pleadings as the first issue, that the issues of standing and pleadings are related. Chief Justice Brenner correctly acknowledged the relationship between the concepts of standing, justiciability and reasonable cause of action.

[11] In the absence of valid pleadings, I find it difficult to see clearly the content of "the issue" referred to in the three questions posed by Chief Justice Brenner. This cloud between the issue of standing and its answer persuades me that I should not

express an opinion on the matter of standing without first considering the validity of the claims raised in the pleadings. In other words, I do not consider that this Court should resolve the Association's standing to bring the action absent a statement of claim that satisfies the minimum standards of Rule 19(24).

[12] In this case, Chief Justice Brenner assumed for the purpose of discussing Rule 19(24) that the Association had standing. He correctly observed, at para. 97, that "there is a particular need for generous reading [of pleadings] in constitutional or *Charter* litigation". Likewise, he correctly described the distinctive aspects of a declaratory action:

[98] In the traditional formulation, a cause of action consists of a right, a breach of the right, and consequential damage. But an action seeking declaratory relief may arise precisely because the existence of the right is not yet established:

A declaratory judgment is a formal statement by the courts pronouncing upon the existence or non-existence of a legal state of affairs. It declares what the legal position is and what are the rights of the parties.

Stanley A. De Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1995), at 735.

[99] Wilson J. expanded on the anomalous qualities of the declaratory judgment in *Operation Dismantle* [v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 441] at 480:

Borchard, *Declaratory Judgments* (2nd ed. 1941), at p. 27, suggests that declaratory relief in cases which are not susceptible of any other relief is distinctive in that:

... no "injury" or "wrong" need have been actually committed or threatened in order to enable the plaintiff to invoke the judicial process; he need merely show that some legal interest or right of his has been placed in jeopardy or grave uncertainty ...

[13] Yet even recognizing a highly generous approach to the pleadings, I cannot say the Chief Justice erred in his conclusion that, as pleaded, the statement of claim does not disclose a reasonable cause of action. I consider that the statement of claim does not meet the requirements of the *Rules of Court*. In so saying, I do not foreclose the possibility that, properly pleaded, a claim addressing perceived deficiencies in legal aid may satisfy Rule 19(24).

[14] Only then, when a reasonable claim is pleaded, can one see whether the party bringing the claim has standing to engage the question through the court process, and consider cases such as *Canadian Assn. of the Deaf v. Canada*, 2006 FC 971, [2007] 2 F.C. 323.

[15] In the present case, the pleadings are simply too general to permit the enquiry sought or the relief contended for.

The Statement of Claim

[16] The statement of claim begins with an overview. It then describes the parties, the history of legal aid, the alleged faults of Canada and British Columbia, and the role of the Legal Services Society. It moves on to allege inadequacies in coverage, eligibility and quality of service, and asserts the various breaches of the constitutional and international obligations earlier referred to. I am not going to repeat its entire contents, but it is necessary to replicate some passages to illustrate the content of the pleading these reasons consider.

[17] The persons on whose behalf the Association advance its claims are described in the statement of claim:

8 *The CBA brings this claim on behalf of people living on low incomes as defined by Statistics Canada Low Income Cut-offs ("LICOs") and who lack sufficient means to obtain proper advice and to obtain redress, including legal representation if necessary, in matters where their Fundamental Interests are threatened. ("Poor People").*

[18] The rights that are said to be systemically infringed are described in this way:

2. *The inadequacies in BC Civil Legal Aid are particularly pronounced in the areas of family law, poverty law, and immigration and refugee law, and effectively deny access to justice to people who cannot afford legal counsel in matters that threaten their fundamental interests as follows:*

- (a) *life;*
- (b) *liberty;*
- (c) *livelihood;*
- (d) *equality;*
- (e) *health;*
- (f) *housing;*
- (g) *safety;*
- (h) *security; and*
- (i) *sustenance.*

(collectively, "Fundamental Interests").

3. *BC Civil Legal Aid does not comply with the Canadian Constitution and obligations under international human rights law because it:*

- (a) *is inconsistent with the rule of law, a foundational constitutional principle which guarantees:*
 - (i) *meaningful access to the courts; and*
 - (ii) *equal access to the courts;*
- (b) *is inconsistent with the norm of constitutional equality, a foundational constitutional principle which further guarantees equal and meaningful access to the courts;*
- (c) *undermines independence of the judiciary, a foundational constitutional principle;*
- (d) *violates s. 7 of The Canadian Charter of Rights and Freedoms (the "Charter");*
- (e) *violates s. 15(1) of the Charter;*
- (f) *violates s. 28 of the Charter;*
- (g) *violates s. 36(1) of the Constitution Act, 1982; and*
- (h) *is inconsistent with Canada's obligations under international human rights law.*

4. *BC Civil Legal Aid results in a systemic denial of access to justice to, and systemic discrimination against, Poor People who cannot afford legal assistance and representation in matters that threaten their Fundamental Interests.*

5. *The Canadian Bar Association ("CBA") brings this claim in the public interest on behalf of Poor People who are denied access to justice in matters where their Fundamental Interests are threatened by the unconstitutional inadequacies in BC Civil Legal Aid.*

[19] The statement of claim alleges the legal needs of Poor People in these terms:

16. *Poor People experience legal problems that are:*
- (a) *multi-dimensional in nature;*
 - (b) *frequent;*

- (c) *not necessarily confined to discrete disputes; and*
- (d) *systemic.*

17. Poor People experience legal problems:

- (a) *accessing work and/or resolving disputes with public and private income support programs including:*
 - (i) *social assistance or welfare;*
 - (ii) *disability benefits;*
 - (iii) *employment insurance;*
 - (iv) *Canada Pension Plan benefits;*
 - (v) *Old Age Pension Plan benefits;*
 - (vi) *workers' compensation; and*
 - (vii) *work permits for refugees;*
- (b) *accessing housing, including housing disputes:*
 - (i) *with landlords;*
 - (ii) *with residential housing authorities; and*
 - (iii) *pertaining to foreclosures.*

18. Poor People are subject to extra layers of regulation as compared to people who do not live in poverty. For example, embedding social assistance in legislation and regulations greatly increases the legal needs of Poor People in the interpretation and application of such legislation and regulations.

19. Income support programs have complex bureaucracies and regulatory schemes. Obtaining benefits to which a person is entitled under law may involve complex judicial or quasi-judicial proceedings. Similar complexities frequently arise regarding access to housing. Administrators of income support programs, landlords and residential housing authorities are usually represented by counsel in any legal dispute that arises.

20. *In addition, Poor People are exposed to the same type of civil legal problems as people who are not living in poverty but with greater frequency because of inherent vulnerabilities caused by their poverty.*

[20] The faults on the part of Canada are alleged to be:

30. *The Federal Crown has failed to fulfill its BC Civil Legal Aid obligations, particulars of which include:*

- (a) *the Federal Crown has severely reduced the funding for civil legal aid;*
- (b) *the Federal Crown has failed to stipulate minimum national standards for civil legal aid;*
- (c) *the Federal Crown does not stipulate mandatory areas of civil legal aid coverage;*
- (d) *the Federal Crown does not adequately stipulate how immigration and refugee legal aid funding shall be spent;*
- (e) *the Federal Crown does not require that the Provincial Crown expend any of the funds intended for civil legal aid on civil legal aid; and*
- (f) *the Federal Crown no longer tracks or reports on how much it contributes to civil legal aid nor is it able to account for its contribution.*

[21] The faults on the part of British Columbia are alleged to be:

32. *The Provincial Crown has failed to fulfill its BC Civil Legal Aid obligations. Particulars of its failure include:*

- (a) *the Provincial Crown has severely reduced the funding for civil legal aid;*
- (b) *the Provincial Crown has imposed restrictive financial eligibility requirements such that many Poor People are ineligible to receive any civil legal aid;*

- (c) *the Provincial Crown has restricted coverage for legal aid such that matters that threaten the Fundamental Interests of Poor People are excluded from civil legal aid coverage;*
- (d) *the Provincial Crown has restricted legal aid services such that Poor People who do receive civil legal aid do not receive meaningful legal aid in cases where the service provided does not include legal representation; and*
- (e) *the Provincial Crown has restricted the amount of counsel time and/or services provided such that the legal representation provided to Poor People is inadequate.*

[22] In similarly unspecific language, the statement of claim alleges inadequacies in legal aid:

41. *BC Civil Legal Aid is inadequate in the following ways:*

- (a) *matters that engage Fundamental Interests are excluded from BC Civil Legal Aid coverage, either expressly or by omission from inclusion;*
- (b) *financial eligibility guidelines for BC Civil Legal Aid are too restrictive in that they exclude many Poor People; and*
- (c) *where a matter is covered by BC Civil Legal Aid, the services provided and litigation expenses, including disbursements, are too restrictive.*

42. *Inadequacies in BC Civil Legal Aid are the result of the failures of the Federal Crown, the Provincial Crown and [Legal Services Society] to discharge their obligations to provide BC Civil Legal Aid.*

43. *BC Civil Legal Aid is broadly inadequate in many areas and these inadequacies are profoundly experienced in the following areas where Fundamental Interests of Poor People are engaged:*

- (a) *family law;*
- (b) *poverty law; and*

(c) *immigration and refugee law.*

44. *Each of these areas of law involves complex and sophisticated substantive law and procedural rules which cannot be accessed in a meaningful way in the absence of assistance from a lawyer. Further particulars of the inadequacies in BC Civil Legal Aid in these areas of law follow.*

[23] In addition to the three areas of law referred to in para. 43, by particulars the Association added prison law, and alleged deficiencies in it.

[24] The three areas of law referred to in para. 43 are individually addressed in the statement of claim, but again in general terms. For example, deficiency of legal aid in the area of family law is alleged in this fashion:

45. *Many family legal issues and disputes are excluded from coverage under BC Civil Legal Aid. As a result, many Poor People proceed without legal representation in family law disputes each year.*

46. *Where coverage for a family law matter is provided, the legal aid services provided are severely restricted and Poor People receive inadequate representation due to:*

- (a) *time limits placed on the amount of funded legal aid representation; and*
- (b) *limits placed on aspects of the case for which funded legal aid representation will be provided.*

47. *Unequal access to justice for Poor People results in the following inappropriate, unfair and unjust circumstances in family law proceedings, especially where the litigants are unrepresented or receive inadequate representation:*

- (a) *they do not understand the legal issues involved and their legal rights;*
- (b) *they must self-represent in court, and/or in mediations and negotiations;*
- (c) *they are unable to articulate their positions;*

- (d) *they may agree to inappropriate and unworkable custody and access arrangements, or inadequate spousal or child support due to their ignorance of their rights or their inability to articulate them;*
- (e) *they may intentionally or unintentionally abandon their rights with no remedy; and*
- (f) *courts make orders that are flawed because of the inadequacies in the case presented.*

48. *The risks and the harm associated with the inadequacies in BC Civil Legal Aid in family law matters are particularly acute where the opposing party is represented by counsel.*

49. *These problems are compounded for Poor People who are also Aboriginal or who face language or cultural barriers, who are disabled, or who face racism, homophobia and other forms of discrimination.*

50. *Women are disproportionately poor compared to men and are disproportionately reliant on legal aid in family law matters. Therefore, inadequacies in BC Civil Legal Aid in family law matters result in disproportionately unequal access to justice by poor women and disproportionately expose poor women to certain adverse effects, such as the risk of continued abuse in domestic relationships.*

51. *Inadequacies in BC Civil Legal Aid in family law matters impair the Fundamental Interests of Poor People, particulars of which include:*

- (a) *financial impoverishment and attendant deprivations, including the lack of adequate sustenance;*
- (b) *an abused spouse being financially compelled to remain in an abusive relationship;*
- (c) *reduced financial security and access to the means to meet basic needs;*
- (d) *being forced to rely on social assistance;*
- (e) *the risk of incarceration and the loss of other civil liberties;*
- (f) *lack of control over the determinations of marital and family status which affect other rights including the right to marry;*

- (g) *the right to be legally recognized through adoption and the rights and obligations which flow therefrom;*
- (h) *impairment of equality and dignity; and*
- (i) *threats to physical and psychological security of themselves and their children.*

[25] Similarly, the particulars allege general faults with legal aid in matters of prison law, including:

- (e) *as [a] result of exclusions from coverage, many Poor People who are prisoners proceed without legal representation in prison law matters each year;*
- (f) *[Legal Services Society] prioritizes coverage of prison law matters to inmates in provincial institutions and as a result coverage of prison law matters for inmates in federal institutions within British Columbia are severely restricted and more restricted than for inmates in provincial institutions;*

[...]

- (h) *unequal access to justice for Poor People in prison law matters results in the following inappropriate, unfair and unjust circumstances, especially where the litigants are unrepresented or receive inadequate representation:*
 - (i) *they do not understand the legal issues involved and their legal rights;*
 - (ii) *they must self-represent in hearings;*
 - (iii) *they are unable to articulate their positions;*
 - (iv) *they may intentionally or unintentionally abandon their rights with no remedy; and*
 - (v) *hearing bodies and courts make orders that are flawed because of the inadequacies in the case presented;*
 - (i) *these problems are compounded for particularly vulnerable segments of the prison population including Aboriginal inmates,*

female inmates, inmates serving life sentences and inmates with mental health problems;

- (j) *inadequacies in BC Civil Legal Aid in prison law matters impair the Fundamental Interests of Poor People, particulars of which include:*
- (i) *deprivations of liberty;*
 - (ii) *threats to physical and psychological security; and*
 - (iii) *impairment of equality and dignity.*

[26] The statement of claim then pleads violation of the principle of judicial independence; breach of s. 7 (life, liberty and security of the person), s. 15 (equality rights), and s. 28 (equal rights for males and females) of the ***Canadian Charter of Rights and Freedoms***; breach of s. 36(1) (equalization and regional disparities) of the ***Constitution Act, 1982***; and breach of international human rights laws.

The Decision of the Supreme Court of British Columbia

[27] In its application, British Columbia contended that the statement of claim should be struck as disclosing no reasonable claim (Rule 19(24)(a) of the *Rules of Court*) and the action accordingly should be dismissed. In its application, Canada agreed and contended as well that the pleadings should be struck and the action dismissed under Rules 19(24)(b) and (d), that is, that the pleadings were “unnecessary, scandalous, frivolous or vexatious” and were “otherwise an abuse of the process of the court”.

[28] Chief Justice Brenner dismissed the action under Rule 19(24)(a). He acknowledged that the Association said it was advancing a "systemic claim", but said:

[102] The statement of claim does not, in fact, seek a declaration that there is a constitutional right to civil legal aid. Had it done so, the claim would almost certainly have been struck in view of the ample authority that there is no general constitutional right to legal aid, but only a right arising in specific circumstances: see *G. (J.) [New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46] at para. 86; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band* (2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273 (C.A.) at paras. 24-28.

[103] In oral submissions, the plaintiff emphasized that it is advancing a "systemic claim", not a right to counsel claim "writ large". Saying it is so, however, does not make it so. In my view, the plaintiff has simply attempted to circumvent the unequivocal state of the law in Canada by framing the claim as a review for constitutional compliance.

[Emphasis added.]

[29] Chief Justice Brenner concluded that there were two fundamental flaws to the Association's position: (i) unwritten constitutional principles do not rise to the level of free-standing rights; and (ii) **Charter** breaches can only be established in the context of individual breaches.

[30] As to the specific allegations of breaches of unwritten constitutional principles, Chief Justice Brenner referred to **Reference re Secession of Quebec**, [1998] 2 S.C.R. 217, and this Court's decision in **Christie v. British Columbia (Attorney General)**, 2005 BCCA 631, 48 B.C.L.R. (4th) 267 (since rev'd [2007] 1 S.C.R. 873, 2007 SCC 21) ["**Christie (BCCA)**"] and concluded:

[109] Unwritten constitutional principles are not free-standing rights that are capable of being breached. In my view no reasonable claim is

disclosed by those paragraphs of the statement of claim that allege breaches of "foundational constitutional principles" or "implicit" provisions of the Constitution. Accordingly, I would strike all portions of the statement of the claim referring to such breaches on that basis.

[31] Turning to the allegation of **Charter** breaches, Chief Justice Brenner held as to ss. 7 and 15:

[112] But not every legal proceeding affecting a person's s. 7 rights requires representation by counsel: G. (J.) at paras. 86-91. The plaintiff has failed to plead material facts for the three elements (the right, the breach, and the consequential damages) comprising the alleged breach that would give rise to a reasonable claim in particular circumstances. On the contrary, the CBA claims that:

78. Particulars of the breaches of s. 7 include:
 - (a) the Provincial Crown repealed s. 3 of the Former [Legal Services Society] Act;
 - (b) the Provincial Crown and [Legal Services Society] are in violation of s. 7 through the exclusions and limitations on eligibility, coverage, and quality of service which systematically deny state funded counsel in situations that put into jeopardy the rights to life, liberty and the security of the person of Poor People;
 - (c) the Federal Crown is in violation of s. 7 by failing to provide adequate BC Civil Legal Aid to Poor People for civil matters within its jurisdiction; and
 - (d) the Federal Crown is in violation of s. 7 by failing to establish, monitor and enforce minimum national standards for civil legal aid for Poor People.

[113] These "particulars", with the exception of (a), are conclusions of law and not particulars. Similarly, the particulars pleaded at para. 81 of the statement of claim in support of the claimed breaches of s. 15(1) of the *Charter*, with the exception of (b), are conclusions of law, not particulars.

[114] The requirement that *Charter* breaches be pleaded for particular individuals in particular circumstances is not merely a formal requirement arising from the wording of s. 24(1). Without a pleading of individual circumstances, there is no basis on which to make the required causal connection between the government conduct and the alleged breach: see *Operation Dismantle* at paras. 9-10 and 37-38.

[115] As currently framed, the statement of claim in my view discloses no reasonable claim in relation to the alleged ss. 7 and 15 *Charter* breaches.

[32] As to s. 28 of the ***Charter***, Chief Justice Brenner concluded:

[117] Sections 7 and 15 are the underpinning of the plaintiff's *Charter* claim. Section 28 is ancillary to any other *Charter* rights claim and since I have concluded that the ss. 7 or 15 claims fall, the s. 28 claim falls as well.

[33] On the matter of s. 36 of the ***Constitution Act, 1982***, Chief Justice Brenner replicated s. 36 and said, at para. 118:

... In my view this constitutional provision cannot form the basis of a claim since it only contains a statement of "commitment".

[34] On the pleading of breach of international human rights standards, Chief Justice Brenner said:

[121] It is doubtful that the international agreements pleaded by the CBA would create enforceable domestic rights that do not exist under the *Charter*. Individuals may seek direct adjudication of their rights under international human rights instruments from the appropriate UN or other relevant agency, but agreements entered into by Canada do not create enforceable rights unless and until they have been incorporated into domestic Canadian law: Kent Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, looseleaf (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2005) at ¶2.700-2.720.

[35] Finally, Chief Justice Brenner rejected the Association's submission that the inherent jurisdiction of the Court allowed the remedies sought, saying:

[123] ... I am reluctant to extend the common law remedy far beyond its accepted purpose, for precisely the same reasons as I am not prepared to extend the concept of public interest standing. In any event, I adopt the words of Wilson J. who concluded in *Operation Dismantle*:

I believe, therefore, that the appellants, even on the common law action for a declaration, must establish at least a threat of violation, if not an actual violation, of their rights under s. 7 of the Charter in order to bring a viable claim for declaratory relief against governmental action. (at 486.)

[124] I have already found, at paras. 106 to 114 that the alleged breaches of unwritten constitutional principles and *Charter* rights fail. It follows that there is no right or legal interest that could form the basis for a common law declaratory action.

Discussion

[36] Rule 19(24)(a) of the *Rules of Court* states:

19(24) At any stage of a proceeding the court may order to be struck out or amended the whole or any part of an endorsement, pleading, petition or other document on the ground that

(a) it discloses no reasonable claim or defence as the case may be, [...]

[37] In considering whether a reasonable claim is alleged under Rule 19(24)(a), the court considers the case on the basis the facts alleged are true. That is, this enquiry does not engage any of the evidence adduced by the parties, and the case is taken at its highest for the plaintiff: *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959.

[38] On this appeal, the Association contends that Chief Justice Brenner erred in the conclusions relating to the unwritten and written constitution. It says it is not plain and obvious that its claim, based on unwritten constitutional norms, is not justiciable. On the alleged **Charter** breaches the Association says that particular claimants and particular circumstances are not essential for judicial review of government action. As to its claim under s. 36 of the **Constitution Act, 1982**, the Association agrees that its claim is novel, but says that such character does not mean it is doomed to fail. As well, the Association emphasizes the systemic nature of its claim, and says that as a systemic claim, it is not easily amenable to review through individual cases.

[39] As to the claims based on unwritten constitutional principles, the Association points to cases such as **British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.**, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49; **Roncarelli v. Duplessis**, [1959] S.C.R. 121; **Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)** (2001), 56 O.R. (3d) 505 (C.A.); **Pleau (Litigation Guardian of) v. Canada (Attorney General)** (1999), 182 D.L.R. (4th) 373 (N.S.C.A.); and **Polewsky v. Home Hardware Stores Ltd.** (2003), 66 O.R. (3d) 600 (Sup. Ct. J.).

[40] In its defence of the **Charter** claims, the Association relies upon well-known cases including **Chaoulli v. Quebec (Attorney General)**, [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35; **Vriend v. Alberta**, [1998] 1 S.C.R. 493; **Christie (BCCA) v. Canadian Bar Assn. v. British Columbia (Attorney General)** (1993), 101 D.L.R. (4th) 410 (B.C.S.C.); **R v. Morgentaler**, [1988] 1 S.C.R. 30; **Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)**, [2004] 1 S.C.R.

76, 2004 SCC 4; and *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

[41] And in support of its claim under s. 36(1)(c) of the **Constitution Act, 1982**, the Association refers to ***Manitoba Keewatinowi Okimakanak Inc. v. Manitoba Hydro-Electric Board*** (1992), 78 Man. R. (2d) 141 (C.A.) and Aymen Nader, "Providing Essential Services: Canada's Constitutional Commitment Under Section 36" (2003), 19 Dal. L.J. 306.

[42] The first pleaded claim of the Association is based upon unwritten constitutional principles said by the Association, in para. 73 of its statement of claim, to be violated:

- (a) directly, by interfering with [Poor People's] access to courts and tribunals; and
- (b) indirectly, by their failure to remove impediments to their access to the courts and tribunals.

[43] In para. 75, the Association further invokes an unwritten constitutional principle, judicial independence, saying it is violated by:

- (a) drawing judges and tribunals into assisting unrepresented or under-represented Poor People in a way that undermines the appearance of judicial impartiality;
- (b) compromising the adversarial system; and
- (c) creating a conflict between the duty to ensure a fair hearing and the duty to ensure impartiality.

[44] It is a valid argument to say that unwritten constitutional principles may give rise to substantive legal obligations or legal remedy. Such was the case in the landmark decision of *Roncarelli*, and is affirmed in *Reference re Secession of Quebec*.

[45] However, the invocation of unwritten constitutional principles in this case is in the context of a dispute over the funding of legal aid. In this, the statement of the Supreme Court of Canada in *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, [2007] 1 S.C.R. 873, 2007 SCC 21 ["*Christie (SCC)*"] rules out, in my view, a broad-based systemic claim to greater legal services based on unwritten principles:

[23] The issue, however, is whether *general* access to legal services in relation to court and tribunal proceedings dealing with rights and obligations is a fundamental aspect of the rule of law. In our view, it is not. Access to legal services is fundamentally important in any free and democratic society. In some cases, it has been found essential to due process and a fair trial. But a review of the constitutional text, the jurisprudence and the history of the concept does not support the respondent's contention that there is a broad general right to legal counsel as an aspect of, or precondition to, the rule of law.

[...]

[26] Nor has the rule of law historically been understood to encompass a general right to have a lawyer in court or tribunal proceedings affecting rights and obligations. The right to counsel was historically understood to be a limited right that extended only, if at all, to representation in the criminal context: M. Finkelstein, *The Right to Counsel* (1988), at pp. 1-4 to 1-6; W. S. Tarnopolksky, "*The Lacuna in North American Civil Liberties — The Right to Counsel in Canada*" (1967), 17 Buff. L. Rev. 145; Comment, "*An Historical Argument for the Right to Counsel During Police Interrogation*" (1964), 73 Yale L.J. 1000, at p. 1018.

[27] We conclude that the text of the *Constitution*, the jurisprudence and the historical understanding of the rule of law do not foreclose the possibility that a right to counsel may be recognized in specific and varied situations. But at the same time, they do not support the

conclusion that there is a general constitutional right to counsel in proceedings before courts and tribunals dealing with rights and obligations.

[Emphasis in original.]

[46] Whether there are unwritten principles that may be invoked in an individual case, I leave to another day. This statement of claim does not purport to advance individual cases that may resonate more loudly on the issues mentioned.

[47] In my view, the broadly-directed pleadings of a systemic problem violating unwritten constitutional principles do not raise a reasonable claim, and I see no basis upon which to interfere with the Chief Justice's conclusion on this question.

[48] Likewise, in my view, the **Charter** challenges fail to raise a reasonable claim. As to s. 7, the matter is answered in **Christie (SCC)**:

[25] Section 10(b) does not exclude a finding of a constitutional right to legal assistance in other situations. Section 7 of the **Charter**, for example, has been held to imply a right to counsel as an aspect of procedural fairness where life, liberty and security of the person are affected: see *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1077; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46. But this does not support a general right to legal assistance whenever a matter of rights and obligations is before a court or tribunal. Thus in *New Brunswick*, the Court was at pains to state that the right to counsel outside of the s. 10(b) context is a case-specific multi-factored enquiry (see para. 86).

[49] In other words, a s. 7 **Charter** challenge in respect to legal services must be brought in the context of specific facts of an individual's case because not every legal proceeding affecting a person's rights requires counsel. For example, in *New*

Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G.(J.), [1999] 3

S.C.R. 46, Lamer C.J., writing for the majority, said:

[86] I would like to make it clear that the right to a fair hearing will not always require an individual to be represented by counsel when a decision is made affecting that individual's right to life, liberty, or security of the person. In particular, a parent need not always be represented by counsel in order to ensure a fair custody hearing. The seriousness and complexity of a hearing and the capacities of the parent will vary from case to case. Whether it is necessary for the parent to be represented by counsel is directly proportional to the seriousness and complexity of the proceedings, and inversely proportional to the capacities of the parent.

[50] This statement of claim, devoid of particulars of individuals, their cases, and their jeopardy, does not raise a justiciable issue on s. 7. The pleading is simply too general to permit the enquiry sought or the relief contended for.

[51] I have come to the same conclusion on the other allegations of breach of the ***Charter***. In particular, a s. 15 enquiry requires the court to not only review the particular deficiency alleged, but to do so in the context of a comparator group that is chosen bearing in mind the characteristics of the individual. Although the Association contends that it is for the trial judge to determine whether there is a ***Charter*** breach justifying the relief sought, the plaintiff is still required to plead material facts that warrant the court's enquiry into the matter. This means there must be a pleading that, if all facts are taken as true, can lead to the relief sought. Such is not the case here.

[52] The third claim in issue before us is brought under s. 36(1)(c) of the **Constitution Act, 1982**. Section 36, not often mentioned in jurisprudence, provides:

36. (1) Without altering the legislative authority of Parliament or of the provincial legislatures, or the rights of any of them with respect to the exercise of their legislative authority, Parliament and the legislatures, together with the government of Canada and the provincial governments, are committed to

- (a) promoting equal opportunities for the well-being of Canadians;
- (b) furthering economic development to reduce disparity in opportunities; and
- (c) providing essential public services of reasonable quality to all Canadians.

(2) Parliament and the government of Canada are committed to the principle of making equalization payments to ensure that provincial governments have sufficient revenues to provide reasonably comparable levels of public services at reasonably comparable levels of taxation.

[53] I accept that "a reasonable argument might be advanced that the section could possibly have been intended to create enforceable rights" (**Manitoba Keewatinowi Okimakanak** at para. 10), but more than that is required of a statement of claim. Material facts must be pleaded to create an informed environment for consideration of that question. The statement of claim in this case does not accomplish that end. On these pleadings, this claim is not justiciable — there is no reasonable claim to try.

[54] It follows that I see no basis upon which to differ with Chief Justice Brenner on the issue raised by Rule 19(24)(a) and I would not interfere with the order made

dismissing the action on that basis. In reaching this conclusion, I express no opinion on the general issue of the standing of the Association to press litigation that may raise a reasonable claim, if such is pleaded, on aspects of the legal aid scheme.

Costs

[55] The Association also appeals the order that it pay costs of the proceedings in the Supreme Court of British Columbia, and seeks costs of the appeal in any event, or, in the alternative, an order that each party bear their own costs. It bases its submission on these propositions: this is public interest litigation; the case raises novel claims; the Association has no pecuniary interest in the outcome; the Association has not engaged in conduct deserving sanction; and Canada and British Columbia have a greater ability to pay.

[56] In exercising his discretion to award costs to the successful parties, Chief Justice Brenner considered ***Smith v. Canada (Attorney General)***, 2006 BCCA 407, 56 B.C.L.R. (4th) 333. In ***Smith***, this Court at paras. 6-10 gave five reasons for ordering costs against a plaintiff whose class action was dismissed prior to certification:

- (1) the action had been struck out before it crossed the no costs threshold;
- (2) the litigation was doomed to fail, and such claims should be discouraged;
- (3) the claim was a hodgepodge of issues;

- (4) the claim could not be characterized as public interest litigation and the group who had brought the action had a direct financial interest in the case; and
- (5) the greater financial resources of the defendant alone did not justify the order.

[57] Chief Justice Brenner concluded in making the order:

[27] In my view, the reasoning in *Smith* is consistent with the proposition that litigation which cannot survive a motion to strike under Rule 19(24) should not be considered on an access-to-justice basis.

[28] In addition, in my reasons, I referred to other options which the CBA chose not to use in order to have these issues determined.

[58] The circumstances presented differ from those in *Smith* in that, taking the word of the Association that the action is prompted by concern for those unable to obtain representation or legal advice, the case is true public interest litigation. But the action was dismissed at a very early stage because the fundamental requirement of every plaintiff in litigation to plead a reasonable claim was not met by the Association. Although the action is intended to assist low-income members of the public and its spirit is commendable, I do not consider that the altruistic nature of the action should be afforded much weight until at least the plaintiff has established it can meet the minimal test of disclosing a reasonable claim.

[59] The purpose of pleadings was described by Smith J. in *Homalco Indian Band v. British Columbia* (1998), 25 C.P.C. (4th) 107 (B.C.S.C.):

[5] The ultimate function of pleadings is to clearly define the issues of fact and law to be determined by the court. The issues must be defined for each cause of action relied upon by the plaintiff. That process is begun by the plaintiff stating, for each cause, the material

facts, that is those facts necessary for the purpose of formulating a complete cause of action: *Troup v. McPherson* (1965), 53 W.W.R. 37 (B.C.S.C.) at 39.

[60] The history of pleadings is well described by Parrett J. in *Keene v. British Columbia (Ministry of Children and Family Development)*, 2003 BCSC 1544, 20 B.C.L.R. (4th) 170. The rules on pleading are not overly technical. Pleadings prevent expansion of the issues, give notice of the case required to be met, and provide certainty of the issues for purposes of appeal. Complexity and confusion that can be created by a moving target is avoided by pleadings correctly drawn, as are subsequent quarrels in this Court as to the issues before the trial court. Pleadings are an elegant solution to issue definition and notice and are well-serving of the ultimate purpose of efficient resolution of a dispute on its merits (Rule 1(5) of the *Rules of Court*). Ideally, they avoid the "loose thinking" decried by Lord Denning in his foreward to I.H. Jacob, *Bullen and Leake and Jacob's Precedents of Pleadings*, 12th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1975).

[61] Notwithstanding Lord Denning's lament, pleadings do not always display rigour of analysis. Yet the trial court, in whom is vested responsibility for its own process, is not hasty to strike a claim under Rule 19(24) of the *Rules of Court*. Only where, as here, it is plain and obvious the claim cannot succeed is that step taken. That this test results in dismissal of this action is germane to the issue of costs. A case that cannot survive the application of Rule 19(24)(a) rests upon the weakest of foundations for an order of costs.

[62] I see no error in the approach taken to costs of the proceedings in the Supreme Court of British Columbia, and I see no valid basis to depart from the order, as is usual in this Court, that the successful parties should have their costs.

Summary

[63] I would dismiss the appeal with costs to the respondents.

"The Honourable Madam Justice Saunders"

I AGREE:

"The Honourable Mr. Justice Lowry"

Note:

Mr. Justice Thackray's date of retirement pursuant to s. 99(2) of the **Constitution Act, 1867** was 28 October 2007. In January 2008, after obtaining a practicing certificate, he returned to the practice of law in British Columbia. Subsequent to the hearing of the appeal, Mr. Justice Thackray did not participate in the preparation of these reasons for judgment.

The majority reasons are being filed under the **Court of Appeal Act**.

4.1 (1) A justice who resigns his or her office, is appointed to another court or ceases to hold office under section 99 (2) of the **Constitution Act, 1867**, may, within 6 months after the resignation, appointment or ceasing to hold office, give judgment in a proceeding he or she heard while holding office, and the judgment is effective as though he or she still held office.

(2) A justice who is appointed to another court may continue with the hearing of any proceeding of which he or she was seized, and the jurisdiction to hear the proceeding and give judgment is effective as though he or she still held office.

13(1) Three justices constitute a quorum of the court.

(2) The court may sit in one or more divisions, each composed of not fewer than 3 justices.

(3) The court must not hear an appeal with an even number of justices sitting.

(4) The judgment of a majority of a division is the judgment of the court.

(5) Despite this section, if, after the commencement of a hearing by a division, a justice becomes unable to act, the remaining justices may continue to hear the appeal and, if justices constituting a majority of the division are in agreement on the judgment that should be given,

(a) they may give that judgment, and

(b) it is the judgment of the court.

(6) If, after a hearing continued under subsection (5), it appears that no majority judgment is possible, the remaining justices must order that a new hearing commence.

21(1) All judgments of the court must be delivered in open court.

(2) If the court chooses to give written opinions respecting the outcome of the appeal, each justice who heard the appeal must give a signed opinion to the registrar, who must give the opinions to a justice.

(3) After receiving the opinions, the justice must pronounce judgment in accordance with the opinions of the majority and that judgment constitutes the delivery of the judgment of the court.

(4) If judgment has been reserved at the hearing, the registrar must give reasonable notice to all parties of the time and place where judgment will be delivered.

(5) If judgment on an appeal has been reserved and

(a) a justice who heard the appeal is incapacitated from giving the justice's opinion on the appeal, or

(b) a majority of justices who heard the appeal are of the opinion that delivery of the judgment should no longer be delayed,

the remaining justices or majority, as applicable, must, if they are agreed on what the judgment should be, pronounce judgment and that judgment constitutes the judgment of the court.

(6) If a justice who heard an appeal ceases to hold office after the justice has handed his or her opinion to the registrar, the opinion has effect as though the justice had not ceased to hold office.

**Corrigendum to the reasons of
The Honourable Madam Justice Saunders – 4 March 2008**

[1] In reasons for judgment dated March 3, 2008, the last sentence in paragraph 60 should read; as follows:

[60] ... Ideally, they avoid the "loose thinking" decried by Lord Denning in his foreword to I.H. Jacob, *Bullen and Leake and Jacob's Precedents of Pleadings*, 12th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1975).

"The Honourable Madam Justice Saunders"

CORRECTION – 7 March 2008

The Honourable Mr. Justice Thackray has been added to the list of presiding judges on the first page.

CORRECTION – 22 April 2008

In the list of presiding judges on the first page, "The Honourable Mr. Justice Thackery" has been corrected to read "The Honourable Mr. Justice Thackray".

CORRECTION – 9 May 2008

In the second sentence of paragraph 49, McLachlin J. has been changed to Lamer C.J.

Tab 24

03 198 045

ONTARIO**SUPERIOR COURT OF JUSTICE****DIVISIONAL COURT****EDWARD THEN, ELLEN MACDONALD, and GEORGE CZUTRIN JJ.****B E T W E E N:**

VICTOR R. POLEWSKY

) Ronald D. Manes and
) Daina I. Groskaufmanis, for the Appellant

Plaintiff (Appellant)

- and -

HOME HARDWARE STORES LTD. and
MARIE-FRANCE ARISMENDI and
WILLIAM KENNEDY and PINERY INN
RESORT) No one appearing for the Defendants
) (Respondents)

Defendants (Respondents)

- and -

THE ADVOCATES' SOCIETY

) Raj Anand and Kim Mullin, for the
) Intervenor, the Advocates' Society

Intervenor

THE ATTORNEY GENERAL OF
ONTARIO) Sean Hanley, for the Attorney General of
) Ontario

Respondent (Intervenor)

) **HEARD:** October 11 & 12, 2002

THE COURT:

[1] These reasons are organized under the following headings:

- A. **Introduction and Overview (paras. 2-5)**
- B. **Background and History of the Proceedings (paras. 6-15)**
 - i) **Some Background on Small Claims Court in Ontario (para 15)**
- C. **Preliminary Motion (paras 16-21)**
- D. **Main Issues (paras 22-76)**
 - i) **Is There a Judicial Discretion to Waive Small Claims Court Fees on the Basis of Poverty? (paras 27-44)**
 - a) *Statutory Provisions (paras 29-32)*
 - b) *Proceeding In Forma Pauperis (paras 33-44)*
 - ii) **Are the Prescribed Small Claims Court Fees Constitutionally Valid? (paras 45-77)**
 - a) *The Charter (paras 45-54)*
 - b) *The Common Law Right of Access to Justice (paras 55-73)*
 - c) *The Rule of Law (paras 74-76)*
- E. **Summary and Disposition (para 77)**

A. Introduction and Overview

[2] This appeal is brought by Victor Polewsky, ("Mr. Polewsky" or "the Appellant"), from an October 12, 1999 decision of Justice Eileen Gillesse (as she then was).¹ Gillesse J. dismissed Mr. Polewsky's motion for a declaration that the Small Claims Court tariff fees are unconstitutional. The challenged fees are the fees to set a matter down for trial in the Small Claims Court, contained in the regulations established by the *Administration of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. A.6, s.5(c). The Act authorizes the Lieutenant Governor in Council to make regulations requiring the payment of fees in respect of proceedings in any court and prescribing the amounts thereof. The regulations set the fees and Rule 13.01(7) of the *Small Claims Court Rules* O. Reg. 258/98, r. 1.01, compels the payment of the prescribed fee to set a matter down for trial. It reads:

¹ This decision is reported at (1999) 40 C.P.C.(4th) 330.

At or after a pre-trial conference, the clerk shall provide the parties with a notice stating that the parties must request a trial date if the action is not disposed of within 30 days after the pre-trial conference, and pay the fee required for setting the action down for trial.

[3] Neither the *Administration of Justice Act* nor Ontario Regulation 432/93 (*Small Claims Court – Fees and Allowances*) make any provision for the waiving of the prescribed fees in any circumstances.

[4] Mr. Polewsky, supported by the Intervenor, the Advocates' Society, asks this court to find that the fees violate sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [the *Charter*] and the Rule of Law and are therefore unconstitutional.² The Notice of Appeal reads as follows:

The Appellant asks that the impugned Order be set aside and another substituted therefore, reversing the conclusions of Gilles J., (other than those already in the appellant's favour); and conclude that court tariff fees not providing indigent persons access to the courts and to gain redress therein are unconstitutional and of no force or effect.

The Appellant further asks the Divisional Court to conclude that the challenge on appeal and the substance thereof is not limited in scope to those fees referenced in any Reasons of record to date but includes, of necessity, all fees that impede or may impede access to or continued proceedings in the Small Claims Courts, and those in the Superior and appellate courts; to conclude that the appellant has standing to challenge all of these and has not at any time abandoned his position nor challenge since originally raising it below. . .

[5] On the motion before Gilles J., the Appellant's counsel abandoned the expanded scope of the motion, which included reference to all fees in the Superior Court and appellate courts in Ontario. In this Appeal, the issue is confined to prescribed fees for proceedings in the Small Claims Court. The Appellant and the Advocates' Society seek a declaration from this court that the prescribed fees are unconstitutional pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*.³ Alternatively, they seek a declaration that a Small Claims Court judge has jurisdiction to waive the fees imposed by Rule 13.01(7) of the *Small Claims Court Rules* in cases where litigants are indigent.

² The Advocates' Society was granted leave to intervene in this appeal as a friend of the court by the order of Then J. made on March 23, 2001. The Attorney General intervened in the motion before Gilles J. and is the Respondent in this appeal pursuant to s. 109 of the *Courts of Justice Act* R.S.O. 1990 c.C.43.

³ As stated in Robert J. Sharpe, Katherine E. Swinton and Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms, Second Edition* (Toronto: Irwin Law Inc., 2002) at p.299 "Remedies affecting unconstitutional legislation are largely dealt with under section (52) 1 of the *Constitution Act, 1982* sometimes known as the "supremacy clause" because it provides: "The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force and effect."

B. Background and History of the Proceedings

[6] Mr. Polewsky commenced four separate actions in the Small Claims Court, one in 1997, two in 1998, and one in 1999. In each action, he paid the \$50 fee required to file his claims. In 1999, he brought a motion in one action seeking a waiver of the fee required to have his actions placed on the trial list. Deputy Judge Shields granted this motion⁴ and described the issue as follows:

The constitutional issue that was raised, was whether or not these fees, deprive litigants, of their ability to access the justice system especially bearing in mind that the evidence before the Court, through the Affidavit of Ms. Koteff, was that Legal Aid is not available to parties for the purposes of Small Claims Court actions and the Affidavit of the Plaintiff alleged financial hardship. This fact is of significance to this Court. The Affidavit of Nicole Koteff, was very specific in stating that on December 15, 1998 she contacted the Legal Aid Office in London, and was told that Legal Aid would not issue a Certificate for a Small Claims Court action, for any reason. . .The issue specifically advanced by the Plaintiff was that due to his impecunious circumstances, he was prevented from having access to the Court system, and therefore would be denied the equal protection and benefit of the law. . .The ability of individuals to access the Court system is in fact a value fundamental to a free and democratic society. It is interesting to note, that if the Court could find in *Andrews v. The Law Society of British Columbia* that non-citizens could be considered relatively powerless, then one can only imagine the plight of the poor in the society, where access to the Court system, and the protection of their rights, depended upon their ability to pay fees without any resort to a mechanism to avoid these fees or have them reduced in appropriate circumstances.

[7] Mr. Polewsky subsequently brought similar motions in his other actions that were consolidated and heard by Gillese J. She found that in the absence of an express statutory power to waive fees, a Small Claims Court judge has no jurisdiction to do so. On the constitutional issue, she found that there is no constitutional right of unimpeded access to the civil courts and that the fees do not violate s. 15 of the *Charter*, since poverty is not an analogous ground under s. 15(1). Mr. Polewsky did not raise s. 7 of the *Charter* before Gillese J. but she considered it in *obiter* and found that s.7 protections are limited to a person's physical and mental integrity and do not protect civil and economic rights. We note that Mr. Manes submitted that the issues in this appeal are not properly characterized as the commercial interest or economic rights of Mr. Polewsky. He urged us to characterize the issue as one of Mr. Polewsky's right to access the Small Claims Court or more broadly, an access to justice issue. We agree that this is the proper characterization of the issues in this appeal. We will address this in greater detail below

⁴ *Polewsky v. Bank of Montreal*, [1999] O.J. No. 2606 (Gen. Div.) (Small Claims). The Bank of Montreal took no position before Deputy Judge Shields on the constitutional issue. The Attorney General did not appear before Deputy Judge Shields although served with a Notice of Constitutional Question. As a constitutional law issue was raised, the matter was transferred to the Superior Court of Justice at which time the Attorney General sought and was granted Intervenor status.

[8] For the reasons that follow, we agree with Gillese J. that in the absence of an express statutory power to waive fees, a Small Claims Court judge has no jurisdiction to do so. We also agree with her findings with respect to ss.7 and 15(1) of the *Charter*. However, the content of this appeal was expanded to include considerations of the application of the Rule of Law and the right at common law of indigent persons to have access to the courts. As the reasons of Gillese J. do not refer to the Rule of Law, we proceed on the basis that it was not raised before her. It will be apparent from our discussion below that we have concluded that the absence of an express statutory power to waive fees is not fatal to the issues framed in this appeal.

[9] For purposes of this appeal, we accept that Mr. Polewsky is poor. Before Gillese J., he filed an affidavit in support of his motion. He stated that his *sole regular income* is \$413.12 monthly from a disability pension provided by the Canada Pension Plan and \$546.00 per month from the Social Security Administration. His affidavit deposes to monthly expenses totaling \$1222.59, including \$200 for food.⁵ We took it that the use of the words "*sole regular income*" was deliberate because one of the four small claims instituted by Mr. Polewsky was for \$ 963.05 for services rendered to install wiring for computers.⁶ In his claim against Piney Inn Resort, Mr. Polewsky described himself as a Master Electrician, duly licensed in Ontario. He also filed correspondence to one of the Defendants on his electrical and communications business stationary. This suggests that Mr. Polewsky may receive other income when he works as an electrician, a fact noted by Gillese J.

[10] Mr. Polewsky did not explicitly state that the fees required to set his matters down for trial, if not waived, would result in him being unable to proceed. He did not claim that "but for" a reduction or waiver of the fees, he would not be able to access the court. This is a crucial defect in his case that will be addressed in further detail below.

[11] Mr. Polewsky's Small Claims Court actions are for the following claims:

1. \$963.05 from William Kennedy for the installation of telephone wiring, providing computer maintenance and related services;
2. \$94.00 against the Pinery Inn and Lee Smith for the installation of electrical circuitry;
3. \$8,800.00 against the Pinery Inn and Lee Smith for defamation;
4. \$3,000.00 against Home Hardware Stores for alleged damages associated with a pipe de-clogging product; and
5. \$100.00 against Marie France Arismendi for allegedly faulty translation services provided to the Appellant in relation to separate legal proceedings in Quebec.

⁵ This affidavit was sworn on July 2, 1999, 10 days before the motion was heard by Gillese J. on July 12, 1999.

⁶ Mr. Polewsky launched four separate actions in the Small Claims Court, each of which relates to separate fact situations.

[12] In 1997, infrequent claimants paid a fee of \$50 to initiate a claim and \$100 to set a matter down for trial. Frequent claimants paid a fee of \$120 to file a claim and \$130 to set a matter down for trial.⁷ Infrequent claimants are persons who file fewer than 10 claims a year. Frequent claimants file 10 or more claims per year. The distinction between frequent and infrequent claimants is designed to maximize the opportunity to collect fees from frequent users such as banks and other institutional creditors who regularly use the Small Claims Court for collections. Mr. Polewsky is an infrequent claimant.

[13] There is no statutory provision creating discretion to waive or reduce the fees for frequent or infrequent claimants. The Ontario Legal Aid Plan does not issue certificates to persons who wish to bring or defend actions in the Small Claims Court.

[14] Mr. Hanley, on behalf of the Attorney General, suggested that this two-tier fee system accommodates those of limited financial means. We were not provided with any evidence to support this assertion. Nor is there any evidence to support the notion that without mandatory fees, the Small Claims Court would be vulnerable to the overburden of frivolous claims and motions to waive fees, thereby reducing its accessibility to all. Our presumption is that any such discretion would be exercised by judges in a manner that would be alert to the possibility of overburdening the court with frivolous claims. We are comforted in this conclusion by the very small number of reported cases that we could find of applications by indigent persons seeking relief to proceed *in forma pauperis* where the rules of court provide for the same. It will be apparent that we do not find the prescribed fees unconstitutional. What we do find unconstitutional is the absence of a statutory mechanism for the waiver or reduction of such fees in certain limited circumstances.

i) Some Background on Small Claims Court in Ontario

[15] In order to provide a context to the issues raised in this appeal, we include some background of the Small Claims Court in Ontario. The Small Claims Court is a branch of the Superior Court of Justice created by the *Courts of Justice Act*, s. 22 (1) and s.23 (1). The Small Claims Court is designed to be “user friendly” and the majority of litigants are self-represented. The monetary limit of the Court is now \$10,000. In 2002-2003, approximately 58% of all civil claims initiated in the Superior Court of Justice were commenced in Small Claims Courts. The Court is staffed by Deputy Judges who are lawyers appointed pursuant to s.32.(1) of the *Courts of Justice Act* by Regional Senior Justices for a term of three years which may be renewed for one or more three-year terms. Deputy Judges are not full time judges. Generally, they sit as a Deputy Judge for one to two days per month. Statistics maintained by the Ministry of the Attorney General reveal that at the present time, there are approximately 362 Deputy Judges in Ontario. In addition, there are three full time Small Claims Court judges⁸ and five former provincial court judges who sit as Small Claims Court judges on a *per diem* basis. AS96 (3) of the *Courts of Justice Act* excludes from the Small Claims Court the discretion to grant equitable

⁷ The most recent amendments were in the year 2000. At that time, Ontario Regulation 432/93, *Amended to O. Reg. 17/00*, set the fees at \$50 for an infrequent claimant to initiate a claim, and \$100 to set a matter down for trial. Frequent claimants now pay \$145 to file a claim and \$130 to set a matter down for trial.

⁸ Two sit in Toronto, and one sits in the Central South Region.

relief or a declaratory judgment.⁹ The court is a statutory court. It is not a court of inherent jurisdiction. This is an important factor in our analysis of the issues raised in this appeal.

C. Preliminary Motion

[16] On a motion before A. Campbell J., the Attorney General sought to strike references to two academic articles that focus on the widespread prejudice faced by poor people in our society.¹⁰ These references, in paragraphs, 43, 44, 45 and 46 ("the challenged paragraphs") of the Appellant's factum, were removed by order of A. Campbell J., dated September 9, 2002. A. Campbell J. ordered the challenged paragraphs deleted and permitted Mr. Polewsky to move before this panel to have them reinstated. At the beginning of this Appeal, we heard Mr. Polewsky's motion to restore the paragraphs to his factum. The crux of this issue is whether the two articles fall within the definition of legislative facts and are therefore admissible. Ms. Groskaufmanis, on behalf of the Appellant and supported by the Advocates' Society, referred us to the reasons of Misener J., granting leave to appeal from the decision of Gillese J. At page 336, Misener J. commented on this issue as follows:¹¹

A very good argument can be made that, as a matter of judicial notice, the indigent in Ontario have, throughout the history of the province, represented a discrete minority who have suffered social, political and legal disadvantage, quite apart from the obvious economic disadvantage. Those disadvantages are largely based on the notion that the characteristic of poverty mirrors their true worth. A very good argument can be made, as well, that, if for no other reason than the fact that it is, more often than not, a characteristic common to those who suffer discrimination based on race, ethnic origin, colour, sex, and age, poverty is an analogous ground.

[17] The question of whether poverty is an analogous ground under section 15 of the *Charter* is one of the key issues in this appeal. On the basis that the material contained in the challenged paragraphs is not indisputable, we decided to proceed without reference to the articles.

[18] The two academic articles are essentially anecdotal in nature and do not respond to the evidentiary deficiencies identified by Gillese J. at pages 345 of her reasons wherein she stated:

⁹ In 1973, the Ontario Law Reform Commission referred to the Court as "a poor man's court of equity". To the extent that this description conveys that the purpose of the court is to provide a forum for the fast, inexpensive and simple resolution of disputes in a user-friendly manner, it is accurate. To the extent that the description suggests that the court is one of equitable jurisdiction, it is a misnomer. Section 96 (3) of the *Courts of Justice Act* reads: "Only the Court of Appeal and the Superior Court of Justice, exclusive of the Small Claims Court, may grant equitable relief, unless otherwise provided."

¹⁰ These articles are: M. Jackman, "Constitutional Contact with the Disparities in the World: Poverty as a Prohibited Ground of Discrimination Under the Canadian *Charter* and Human Rights Law" (1994) 2 *Review of Constitutional Studies*, 76 and J. Swanson, *Poorbashing: The Politics of Exclusion* (Toronto: Between the Lines, 2001), 1.

¹¹ These reasons, released on January 13, 2000, are reported as *Polewsky v. Home Hardware Stores Ltd.* 71 C.R.R. (2d) 330.

The plaintiff offered no evidence as to the nature and situation in which he finds himself apart from the brief affidavit described at the beginning of these reasons. Nor does he offer any evidence as to the social, political, and legal history of Canadian society's treatment of those in poverty. Without a factual basis, it is not possible to know whether impoverished members of Canadian society have been consistently and routinely subjected to the sorts of discrimination faced by Canada's discrete and insular minorities. It is difficult for this court to reason from facts of which the court may appropriately take judicial notice, that the legislative distinction at issue has the effect of violating the human dignity of the plaintiff . . .

[19] Based upon the above discussion, Gillese J. stressed the importance of establishing a proper evidentiary basis for relief under section 15 of the *Charter*. She concluded at pages 349 to 350 that the Appellant had not done this:

I noted earlier in these reasons that no evidence was provided as to the social, political and legal history of Canadian society's treatment of those of limited financial means. The plaintiff invites me to take judicial notice of the fact that there is a "cycle of poverty" and that those that are impoverished are historically disadvantaged. This submission is insufficient as it fails to provide the evidentiary basis upon which the nature and situation of the individual and group can be assessed.

I find that insufficient evidence was presented to enable this court to fully consider the third stage of analysis under s.15(1). Having made the determination that those of limited financial means are not an analogous group for purposes of s.15 of the *Charter*, technically I need not concern myself with this third stage. I wish to make the following observations, however. Decisions on an issue as fundamental to Canadian society as [its] treatment of those in financial need and access to the courts must be carefully considered as they will profoundly affect the lives of Canadians and all residents of Canada. In light of the importance and impact that these decisions may have, the courts ought not to be asked to rule on such matters on the basis of bald assertions. Such rulings should only be made after the careful presentation and preparation of the appropriate factual basis. The relevant facts should cover a wide spectrum of scientific, social, economic and political aspects. Expert opinion may be useful as to the impact of the impugned legislation and the result of possible court decisions. To attempt to rule on this in a vacuum or on the basis of taking judicial notice of "the cycle of poverty" alone, trivializes the *Charter* and could result in an ill considered decision.

[20] Gillese J. then cited the Supreme Court of Canada's decision in *MacKay v. Manitoba* [1989] 2 S.C.R. 357, which considered the constitutionality of sections of the *Manitoba Election Finances Act* that provided for the payment of a portion of the campaign expenses of candidates

and parties receiving 10 per cent or more of the votes in provincial elections. At page 366 of that case, Cory J., for the court, noted that

A factual foundation is of fundamental importance on this appeal. It is not the purpose of the legislation that is said to infringe the *Charter* but its effects. If the deleterious effects are not established there can be no *Charter* violation and no case has been made out. Thus, the absence of a factual basis is not just a technicality that can be overlooked, but rather it is a flaw that is fatal to the appellant's position.

[21] We agree with Gillese J. that for purposes of the Charter analysis, no proper evidentiary basis was established in this case.

D. Main Issues

[22] Against the backdrop of the *Charter* issues raised in this appeal we now refer to paragraph 8 of Gillese J's reasons, wherein she framed the issues as follows:

ISSUE #1 Is there a judicial discretion to waive Small Claims Court fees on the basis of poverty?

ISSUE # 2 Are the Small Claims Court fees constitutionally valid?

ISSUE # 3 If the fees offend the *Charter*, are they justifiable as reasonable limits in a free and democratic society pursuant to s.1 of the *Charter*?

[23] For the reasons that follow, we answer Issue # 1, in the negative. We agree with Gillese J. that there is no existing discretion in the Small Claims Court for the waiver of fees. Regarding Issue # 2, we say that the fees are constitutionally valid but there must be a statutory provision that permits waiver or reduction of such fees in the limited circumstances set out in these reasons. There is no need for us to consider Issue #3 because of our findings in Issues #1 and # 2.

[24] We agree with Gillese J. that the facts of this case do not justify a finding that poverty is an analogous ground under s. 15 of the *Charter*. Although poverty was found to be an analogous ground in *R v Rehberg* (1994) 111 D.L.R. (4th) 336 [*Rehberg*], this case was decided before the test for determining an analogous ground was set out in *Egan v. Canada* (1995), 2 S.C.R. 513 [*Egan*] and before the section 15 test was outlined in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* [1999] 1 S.C.R. 497 [*Law*]. Although the court in *Rehberg* found the poverty was an analogous ground, the discussion in that case was confined to the status of being on social assistance. The facts in that case were very similar to those in the Ontario case of *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social Services, Income Maintenance Branch)* (2000) 189 D.L.R. (4th) 377 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, [2002] S.C.C.A. No. 297 [*Falkiner*] where Laskin J.A. found that the status of being on social assistance is an analogous ground. In this case, the Appellant claims that poverty itself is an analogous ground.

[25] In *Younggreen v Mullaly* [1988] B.C.J. No. 2763 (B.C. Co. Ct.), the facts were very similar to this case. The appellant wanted to appeal from a judgment entered against him. The Rules of the Small Claims Court provided that in order to file a notice of appeal, a defendant must deposit the amount awarded by the court plus \$50 for costs. The appellant in the case claimed that he was indigent, could not pay the amount of the judgment into the court and was therefore denied an appeal. Cooper Co. Ct. J. found that the subsection violated the appellant's right to equality and his right of access to the courts but noted that if the subsection had contained a discretion that permitted the court to reduce or remove the requirement of the payment He would likely have concluded that the subsection was not discriminatory. To this extent, this case supports our conclusions but it is of limited assistance because the Attorney Generals of Canada and British Columbia were not present. It was also decided before the *Egan* and *Law* cases. The case does not stand for the proposition that poverty is an analogous ground.

[26] However, we are persuaded that there is a common law right of access to the courts, premised upon constitutional values. The absence of an express statutory provision enabling the waiver of reduction of prescribed court fees in the Small Claims Court offends this right. It is against the backdrop of this conclusion that we turn to a detailed analysis of Issues #1 and #2.

i) Is there a Judicial Discretion to Waive Small Claims Court Fees on the Basis of Poverty?

[27] We agree with Gillese J.'s conclusion that section 25 of the *Courts of Justice Act* does not confer jurisdiction on a Small Claims Court Judge to waive compliance with the mandatory fees prescribed under the *Administration of Justice Act*. Section 25 of the *Courts of Justice Act* reads:

The Small Claims Court shall hear and determine in a summary manner way all questions of law and fact and may make such order as is considered just and agreeable to good conscience.

[28] We see this section as consistent with the remedial objectives of the *Small Claims Court Rules*. As Gillese J. observed, “[i]ts purpose is to empower the trial judge to decide the case and make such orders as are necessary to ensure a fair disposition. The question of a filing fee is not relevant to the determination of the merits of the case.” We also agree with the Attorney General that any order declaring the fees invalid or directing the Clerk of the Court to set a matter down for trial without the fee being paid is in the nature of declaratory and injunctive relief. As such, it is outside the remedial jurisdiction of the Small Claims Court unless there is an express statutory provision that gives judges presiding in this court discretion to waive or reduce prescribed fees. Being a statutory court, the Small Claims Court does not have inherent or equitable jurisdiction. We reject the Appellant's submission the combination of s.25 and Rule 1.04 (1) and (2) of the *Rules of Civil Procedure* R.S.O. 1990 Reg. 194 as amended provide a Small Claims Court Judge with discretion to waive fees. This would not be the case if the Small Claims Court Rules explicitly provided for the exercise of discretion to waive or reduce the fees that are set out in Ontario Regulation 432/97.

a) *Statutory Provisions*

[29] Mr. Hanley, on behalf of the Attorney General, pointed out that unlike other provincial statutes containing reference to a waiver of fees for those who cannot afford them, no such provision exists in the *Small Claims Court Rules*. For example, express jurisdiction to waive fees is contained in the Ontario statutes identified below.

- i) Section 30(14) of the *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12 provides:

The court may relieve a party from responsibility for payment of any of the fees and expenses of [an expert appointed to assist in determining the best interests of the child] where the court is satisfied that payment would cause serious financial hardship to the party.

- ii) Section 3(8) of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F. 3, provides:

The court may require one party to pay all the mediator's fees and expenses if the court is satisfied that payment would cause the other party or parties serious financial hardship.

- iii) Section 4(2) of the *Estate Administration Tax Act 1998*, S.O. 1998, c.34, Sched., provides with respect to deposits payable on application for state certificates:

The estate certificate shall not be issued before the deposit required by section 3 is made unless a judge is satisfied, based upon the applicant's affidavit and upon such other material as the judge may require

...

(b) that financial hardship would result from not issuing the estate certificate before the deposit is made; and

- iv) Section 8(3.2) of the *Public Guardian and Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. P.51 which provides:

The Public Guardian and Trustee may, in his or her discretion, reduce the amount of a fee or waive its payment in a case of hardship or in other appropriate circumstances.

[30] Gillese J. reasoned that because similar provisions do not appear in either the *Small Claims Court Rules* or the *Administration of Justice Act*, this omission was deliberate. At page 335, Gillese J. adopted the reasoning in *Magrath v. Canada (National Parole Board)*, [1979] 2

F.C. 757 (Fed. T.D.) [Magrath] and found that “the absence of a provision to waive fees on the basis of hardship in the *Small Claims Court Rules* was deliberate. As a consequence, *prima facie* the court has no discretion to waive fees and they must be paid.” We say that if such omission suggests an intention on the part of the legislature to make such fees compulsory and not subject to waiver in any circumstances, such omission, even if it was deliberate, is not the complete answer to the issues raised in this appeal. To this extent, we depart from the reasoning of Gillese J.

[31] In this context, it is important that there is express jurisdiction to proceed *in forma pauperis* in the Supreme Court of Canada and to waive court fees in the Supreme Court of Canada and the Federal Court of Canada.¹² The relevant provisions are as follows:

- i) Section 97. (1) of the *Supreme Court Act*. R.S., c. S-19, s. 1 creates the jurisdiction for judges to allow appeals *in forma pauperis*. This section provides as follows:

The judges, or any five of them, may make general rules and orders: (b) or allowing appeals *in forma pauperis* by leave, notwithstanding the provisions of this Act or any other Act requiring the giving of security for costs, and for allowing a respondent leave to defend *in forma pauperis*;

- ii) Section 59 deals with time limits for *in forma pauperis* appeals, providing that:

(1) Notwithstanding anything in this Act or any other Act of Parliament, the court proposed to be appealed from or any judge thereof or the Supreme Court or a judge thereof may under special circumstances, either before or after the expiration of a time period prescribed by section 58, extend that time period.

(4) Notwithstanding anything in this Act, a judge may, on an application for leave to appeal *in forma pauperis*, allow an appeal by giving the applicant leave to serve notice of appeal although the time prescribed by section 58 has expired.

- iii) Rule 82 of the *Rules of The Supreme Court of Canada* SOR/2002-156 sets out a schedule of fees for the court. However, that Rule also provides that

(2) A party may on motion to the Registrar request an exemption from any of the fees set out in Schedule A

- iv) Rule 8(1) may also be used to waive fees as it provides that

¹² The origin of proceedings *in forma pauperis* is discussed below beginning at paragraph [34]

The Court, a judge or unless these Rules provide otherwise, the Registrar may, on motion or on their own initiative, excuse a party from complying with any of these Rules

- v) Schedule A of the *Rules* sets out the tariff of fees to be paid to the Registrar of the Supreme Court of Canada. Section 1 of the Schedule specifies the following:

On the filing of:

- (a) A notice of application for leave, notice of appeal, or other document that commences a proceeding:

If a proceeding is commenced by the filing of a notice of appeal accompanied by a notice of motion for leave to appeal *in forma pauperis*, payment of this fee shall be deferred until the outcome of such motion. This fee is not payable with respect to a notice of application for leave to cross-appeal.

- vi) The requirement to pay fees at the Federal Court is found in Rules 19 and 20 of the *Federal Court Rules, 1998 SOR/98-106*, which read as follows:

19. A party shall pay to the Registry for a service or procedure set out in Tariff A the fees set out in that Tariff

20. (1) Subject to subsection (2), a sheriff is entitled to fees or disbursements set out in Tariff A.

(2) On motion, the Court may increase or decrease the fee payable to a sheriff on execution.

- vii) Along with the express right to decrease fees in s.20(2), the *Federal Court Rules* also include a section similar to Rule 8(1) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*. Rule 55 provides that

In special circumstances, on motion, the Court may dispense with compliance with any of these Rules.

- viii) Rule 9 of the Tax Court of Canada Rules also permit the court to dispense with any Rules. It provides that

The Court may, only where and as necessary in the interests of justice, dispense with compliance of any rule at any time

[32] Rule 9 of the Tax Court of Canada Rules was considered in *Moss v. Canada*, (1997) 97 D.T.C. 1493 *aff'd* (1999) 99 D.T.C. 5204. In that case, the Minister of National Revenue had assessed the Applicant's income tax return. The Applicant sought to appeal the assessments. He was bankrupt and applied to the Tax Court to waive the Court filing fees prescribed by Rule 176 of the *Tax Court Rules*. He also applied for an extension of time to file the notice of appeal, which had not been filed because he was unable to pay the fees. The Minister argued that the Tax Court did not have jurisdiction to waive the fees. The Tax Court of Canada found that it had jurisdiction to waive the fees and that the ability to proceed with the appeal was a substantive right. The fees were waived and the period to file a notice of appeal was extended. The Federal Court of Appeal (Strayer, Robertson and Sexton J.J.) affirmed the decision, finding that the requirement to pay a filing fee was a procedural matter prescribed by a Rule of the Tax Court, and could therefore be waived pursuant to those rules. They also noted their assumption that the Tax court judge had considered the merits of the appeal in the exercise of his discretion.

b) Proceeding In Forma Pauperis

[33] Historically, where an individual was indigent and was unable to pay the costs of bringing an action, the individual could proceed *in forma pauperis*, or "in the manner of an indigent who is permitted to disregard filing fees and court costs". (*Black's Law Dictionary*, 7th ed. s.v. "*in forma pauperis*").

[34] The history of *in forma pauperis* proceedings was canvassed most recently by Prothonotary Hargrave in *Spatling v. Canada (Solicitor General)* [2003] F.C.J. No. 620, 2003 FCT 443 [*Spatling*].¹³ At paragraph 2 he noted that

Lord Justice Banks in *Cook v. Imperial Tobacco Co.* [1922] 2 K.B. 158 at 163 looked upon the practice of suing *in forma pauperis* as statutory, first appearing in 11 Henry 7, c. 12 of 1494. By that statute there was a waiver of fees payable to the Crown, the appointment of clerks and, among other things, the appointment of an attorney, all to assist a poor person who had a case which would not be heard without such assistance. As the practice developed it became a requirement, in the mid 1700's, that the pauper provide affidavit evidence that he was not worth 5 pounds and that the application be accompanied by counsel's opinion. The standard of impecuniosity later became more generous: there is brief comment on the applicable practice and procedure in the first edition of Halsbury, 1912, volume 23, at page 186, noting that proof was required that the person seeking to sue as a pauper not only must provide proof that he was not worth 25 pounds . . . but that he must also have an opinion from counsel that he had reasonable grounds for the proceeding.

[35] The statute, cited as 11 Henry 7, c.12 of 1494 was referred to by Gillese J. It is entitled *A Means to Help and Speed Poor Persons in their Suits* (U.K.) (1495) Henry VII c.12 [the 1495

¹³ This decision was released on April 16, 2003. As such, it was not canvassed in the submissions of any party to this appeal. *Pearson*, cited in paragraph 32 of these reasons, was released on September 14, 2000, approximately a year after Gillese J. released her reasons in this case.

Act]. As pointed out by Mr. Anand on behalf of the Advocates' Society, it is this statute from which the doctrine of *in forma pauperis* is derived. Mr. Polewsky's submission before Gillese J. was that when Ontario received English law in 1792, it received this statute that "bestowed upon the Chancellor the discretion to, amongst other things, waive court fees payable by "poor persons". The discretion vested in the Chancellor through the 1495 *Act* now rests with judges . . . thus conferring upon a judge of the Small Claims Court the power to waive fees on the basis of poverty." See page 337 of her judgment. Gillese J. rejected this argument by finding that the 1495 *Act* was not received into Ontario law.

[36] On this basis, Gillese J. reasoned that *in forma pauperis* doctrine does not apply in Ontario, since no express statutory language contemplating proceedings *in forma pauperis* appears in the *Courts of Justice Act*. This contrasts with the province of British Columbia, which by the *English Law Act*, R.S.B.C. 1960 c. 129 expressly imported all English law into the laws of British Columbia. In *Magrath*, the plaintiff relied on the 1495 statute in his submission that he should be permitted to proceed *in forma pauperis*. He contended that the statute had become part of the law in British Columbia by virtue of the *English Law Act*, which stated at s.2 that civil and criminal laws of England are in force in all parts of the province of British Columbia, except for laws modified and altered by provincial legislation.

[37] In *Magrath*, Walsh J. held that the lack of provision in the Federal Court Rules for proceeding *in forma pauperis* was not an oversight. Parliament had deemed it necessary to provide for *in forma pauperis* proceedings in the Supreme Court Act, and did not provide for such proceedings in the Federal Court. With respect to the 1495 *Act*, Walsh J. found that under its Rules, the Federal Court has no discretion to waive fees unless the 1495 *Act* applies as part of the substantive law. He further found that the 1495 *Act* should not be applied to substitute for the absence of an *in forma pauperis* provision in the Court's Rules.

[38] A different conclusion was reached in *Pearson v. Canada* (2000) 195 F.T.R. 31, leave to appeal to S.C.C. refused, [2002] S.C.C.A. No. 459 Muldoon J. interpreted the Federal Court Act in a manner that permitted the applicant to proceed *in forma pauperis*. At p.37, Muldoon J. noted that the Federal Court's rules and statue do not mention proceedings "in forma pauperis". At p. 38, he discussed the rule of law, stating that it includes the notion of ". . .equality of civil rights among all who claim the benefit of the sovereign's peace, in truth all the inhabitants, whether citizens or not . . ."

[39] In his analysis of the application of Rule 55 of the Federal Court Act Rules, (outlined above, at para. [25]), which states that "in special circumstances, on motion, the Court may dispense with compliance of any of these Rules," Muldoon J. considered the special circumstances that may lead to the invocation of this Rule. He found that

[i]t is clear that the absence of a "forma pauperis" rule of procedure, in itself breaches the rule of law, a fixed feature of the common law, and that surely constitutes a special circumstance, as required by Rule 55. Rules and laws which are calculated to help out the poor do not foresee an affluent litigant or a

person of some social prominence or even prestige; they, instead, contemplate the financially poor, uninfluential . . .

[40] Muldoon J. then invoked Rule 55 to dispense of the fees. We accept Mr. Anand's submission that *Pearson and Moss, supra*, stand for the proposition that the rights that flow from *in forma pauperis* proceedings are substantive rather than procedural and that the absence of provision to proceed *in forma pauperis* breaches the Rule of Law. We also accept his submission that the lack of express statutory language in the *Courts of Justice Act* is not determinative of the issues in this appeal.

[41] Before leaving *Pearson*, we note that Muldoon J. canvassed the evidentiary requirements that would allow for a waiver of the fees prescribed in the Federal Court and permit Mr. Pearson to proceed *in forma pauperis*. Mr. Pearson's affidavit deposed to his age, his old age pension income, that he had no chequing or savings accounts inside or outside of Canada, that he had no real estate, stocks, bonds or other property and that unless he was permitted to proceed *in forma pauperis*, he would be deprived of his *Charter* sections 2 and 24(1) rights of access to Courts of competent jurisdiction. We contrast the affidavit of Mr. Pearson with that of Mr. Polewsky, who did not explicitly state that but for the waiver of the fees, he would not be able to proceed with his claims. Instead, he asks that the court fees be waived on the basis that his *sole regular monthly income* and expenses are such that he cannot afford to pay these fees. We take from both *Pearson* and *Spatling* that the evidentiary burden necessary to trigger relief in proceedings *in forma pauperis* is a high one. It is not met in this case for two reasons. First, Mr. Polewsky implies that he has income from time to time from other sources. Second, we have no means of assessing the merits of his claims.

[42] In *Spatling*, the applicant had submitted a brief affidavit stating that he was unemployed as a result of health problems, that he did not have any income from gainful employment, employment insurance, or Workers' Compensation and that he did not have sufficient funds to pay Federal Court fees. Prothonotary Hargrave stated at para. 11 that

. . . I am not satisfied that Mr. Spatling has provided enough material to demonstrate that he falls within the ambit of those entitled to take an *in forma pauperis* proceeding. For example, there is no information as to possible social assistance payments, disability payments beyond worker's compensation, income from non-employment sources, spousal support, bank funds, non-monetary assets, or his means of living. There are insufficient circumstances to demonstrate the special circumstances necessary to waive filing fees. . .

[43] Prothonotary Hargrave also noted at para. 9 that the federal Crown had pointed out that "financial difficulties do not necessarily equal an indigent status, that is a person of scant means and all the more so does not necessarily constitute that a person is a pauper, that is a person without any means."

[44] The purpose of allowing a claimant or a defendant to proceed *in forma pauperis* was to allow people who are indigent to access the courts. The concept has had a long-standing

presence in the common law and has found its way into statute law. Its presence in some statutes, combined with what we find to be the common law right based upon the constitutional principle of access to the courts, buttresses our conclusion that the indigent should not be denied access to the Small Claims Court in cases where their claims or defenses are meritorious and their inability to pay prescribed fees is proven on the balance of probabilities.

ii) Are the Prescribed Small Claims Court Fees Constitutionally Valid?

a) The Charter

[45] To answer this question, we do not confine the analysis to ss.7 and 15 of the Charter. We say that the fees do not offend the *Charter*. However, there is a constitutional defect which arises from the fact that there is no provision in the Rules for the waiver or reduction of fees in cases where the litigant has a meritorious case and but for the waiver or reduction of fees, would not be able to proceed. This is a breach of the Rule of Law and the constitutional values that underlie the common law. We see this omission as a constitutional defect that must be cured. The focus of this issue before Gillese J. was the question of whether the Small Claims Court fees violate the *Charter*. Before considering her analysis on the section 15(1) issue, we refer to the test set out in [Law] which established three requirements that a claimant must satisfy in order to demonstrate discrimination under s.15(1) of the *Charter*¹⁴. The requirements are as follows:

- i) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?
- ii) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?
- iii) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

[46] With respect to the first part of the test, we agree with Gillese J. where she found at page 343 that:

¹⁴ We note that the s. 15(1) analysis mandated in *Law* was repeated very recently in *Halpern v. Canada (Attorney General)* (2003) O.J. No. 2268 (C.A.) [*Halpern*] released June 10, 2003. Gillese J.A. was a member of the panel in *Halpern*.

. . . the *Small Claims Court Rules* make a distinction that denies the claimant equal benefit of the law. The failure of the Small Claims Court Rules to provide a discretion to waive fees on the basis of poverty is a failure to take into account the underlying differences between individuals in society. It is a failure that does not accommodate the already disadvantaged position of the poor within Canadian society. The result for the claimant is that it is more onerous to have access to the civil justice system than it is for those of greater financial means. The disadvantage in access to the justice system amounts to a denial of equal benefit of the law.

[47] However, the s. 15(1) analysis does not end here. We agree with Gillese J. that, on these facts, the poor cannot be recognized as an analogous group for purposes of s. 15(1) of the *Charter*. Although Mr. Polewsky was able to establish that his case met the first requirement, he failed to prove that the second and third requirements were met. At pages 343 and 344, Gillese J. considered the second step of the analysis. Her findings were as follows.

ii) Second Step: Is Poverty a Analogous ground of Discrimination?

The plaintiff cannot succeed by showing only that the poor have been denied equal benefit of the law. Not every distinction or disadvantage is discriminatory. He must show that the denial of the benefit constitutes discrimination on an enumerated or analogous ground.

Poverty is not one of the enumerated grounds of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or disability. Thus, in the second stage of analysis, we must determine whether poverty amounts to analogous ground within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*.....

Where a person brings a discrimination claim on the basis of a newly postulated analogous ground - in this case poverty - the court must focus upon whether and why the ground is analogous to those listed in s.15(1). *Law*, supra, and *Corbiere*, supra,¹⁵ both make it clear that such a determination is to be made on the basis of an analysis of the purpose of s.15(1), the nature and situation of the individual or group at issue, and the social, political and legal history of Canadian society's treatment of the group. The ground will not be considered analogous under s. 15(1) unless it can be shown that the differential treatment is based on a premise that has the potential to bring into play human dignity. The court must determine that recognition of the analogous ground would serve to advance the fundamental purpose of s. 15(1), that being to promote a society where all persons are considered worthy of respect and consideration.

¹⁵ *Law and Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203 (S.C.C.) [*Corbiere*] both establish the guidelines for the analysis of a discrimination claim alleged to offend s. 15(1) of the *Charter*.

[48] With respect to the third step of the test, Gillese J. stated the following at page 348 of her reasons.

To meet the third hurdle in a s. 15 challenge, one cannot focus on disadvantage alone. The claimant must establish that the distinction is based on the application of stereotypical presumed group or personal characteristics. Section 15 is not intended to eliminate all disadvantages in Canadian society...

It is the plaintiff's responsibility to lead evidence to support a positive conclusion to this stage of the analysis. If the plaintiff has not already done so for the purposes of stage two of the analysis, he must adduce evidence to show that the small claims court fees were designed to preclude or limit access of those of limited means or to establish that the fees have had that effect. Recall that the affidavit evidence itself contains no assertion of such an effect on the plaintiff. A bald assertion, in argument, that the fees have had such an effect on the poor is insufficient to constitute evidence. As well, at this stage, the plaintiff must adduce evidence to support the proposition that the purpose or effect of the fees is linked to stereotypical assumptions about the poor.

The plaintiff led no evidence to suggest that the absence of discretion to waive fees on the basis of poverty is based on the application of stereotypical notions of the poor or that it has the effect of reinforcing negative or inappropriate views of the poor. There is no link demonstrated between the setting of the tariffs at a particular level and the denying of access. There is no evidence to suggest that the fees were meant to withhold or limit access to the small claims court for those of limited means nor that they had that effect.

[49] We agree with Gillese J.'s refusal to invoke the *Charter* s. 15(1) on the facts of this case.

[50] As noted above, at para. 6, Gillese J. considered s.7 in *obiter* and found that the protection of s. 7 is limited to a person's physical and mental integrity and does not protect civil and economic rights. However, where it is established that the fees are a barrier to justice, the issue becomes an access to justice issue, rather than one of economic rights.

[51] The appellants argued that for a poor person, "security of the person" must include the right to access the civil justice system, particularly the Small Claims court. The appellant cites *Pleau v Nova Scotia* (1998), 186 N.S.R. (2d) 1 (S.C., Prothonotary) [*Pleau*] for this proposition. Having considered Supreme Court of Canada jurisprudence on this issue, we are not convinced that the denial of access to the Small Claims Court is properly characterized as a breach of security of the person.

[52] The right to security of the person covers the right to personal autonomy, involving control over one's bodily integrity and freedom from state imposed psychological and emotional stress (*R v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)* [1993] 3 S.C.R. 519).

[53] Although the right extends beyond the criminal law and can be engaged in other proceedings, such as child protection proceedings (*(New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G.(J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46) [G.(J.)]), not all state interference with psychological integrity will engage s.7. Where the psychological integrity of a person is at issue, the right to security of the person is restricted to protection from serious state imposed psychological stress. For a breach of security of the person to be made out, the state action must have a serious and profound effect on the person's psychological integrity. Not all forms of psychological prejudice will lead to a section 7 violation (*G.(J.), Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307).

[54] We are not persuaded that the type of harm experienced by individuals who cannot pay Small Claims Court fees is appropriately construed as causing sufficiently serious or profound psychological harm to be in violation of s.7 of the *Charter*.

b) The Common Law Right of Access to Justice

[55] The Advocates' Society referred us to the common law right of access to justice, recently canvassed by the British High Court of Justice, Queen's Bench Division (Divisional Court) in *R. v. Lord Chancellor ex parte John Witham* [1997] 2 All E.R. 779 (Q.B.) [*Witham*].¹⁶ In this case, the applicant was seeking a declaration that Article 3 of the Supreme Court Fees (Amendment) Order 1996 [*the 1996 Order*] was *ultra vires* section 130 of the Supreme Court Act 1981 and unlawful. The 1996 Order amended the Supreme Court Fees Order 1980 [*the 1980 Order*]. The £120 fee that had been in place for issuing a writ became the minimum fee for issuing a writ for claims limited to £10,000 or less, and a new fee of £500 for issuing a writ where no monetary limit is specified was put into place. The change that came about as a result of the 1996 Order was the repeal of previous provisions that relieved persons in receipt of income support from the obligation to pay fees and permitted the Lord Chancellor to reduce or remit the fee in any case on grounds of undue financial hardship.

[56] The *Witham* case was a proceeding for judicial review brought with leave. The applicant wished to bring proceedings for malicious falsehood and libel. However, legal aid was not available for defamation cases. The applicant was unemployed, had no savings, and was therefore unable to pay the fee to issue proceedings.

[57] The Court noted at paragraph 10 that

The setting of reasonable court fees of general application does not constitute interference with an individual's right of access to the court. Whether court fees are set at a reasonable level is a separate question from whether it is appropriate for a particular individual, having regard to his financial and other circumstances, to be given financial assistance in respect of some or all of those fees and whether such an individual will be denied effective access to the courts in the absence of such assistance.

¹⁶ This case is not mentioned in the reasons of Gillease J.

[58] At paragraph 7, the Court found that

In addition to the facts pertaining to the applicant himself, the court has evidence . . . describing other categories of cases where persons on very low incomes are prevented by the terms of the 1996 Order and in particular Article 3 from taking process in the courts. The principal categories are certain types of debt and housing cases. They include by way of example a person on income support who cannot afford the £10 fee to apply to set aside a default judgment, and another person on income support threatened with eviction as a consequence of possession proceedings by her landlord's building society who cannot afford the £20 fee to be joined in the proceedings as an interested party . . . In my view, it is clear on the evidence before us that there is a wide-ranging variety of situations in which persons on very low incomes are in practice denied access to the courts to prosecute claims or, in some circumstances, to take steps to resist the effects of claims brought against them.

[59] At paragraph 24, the court found that

. . . the common law has clearly given special weight to the citizen's right of access to the courts. It has been described as a constitutional right. . . In this whole argument, nothing to my mind has been shown to displace the proposition that the executive cannot in law abrogate the right of access to justice, unless it is specifically so permitted by Parliament; and this is the meaning of the constitutional right. But I must explain, as I have indicated I would, what in my view the law requires by such a permission. A statute may give the permission expressly; in that case it would provide in terms that in defined circumstances the citizen may not enter the court door. . . I find great difficulty in conceiving a form of words capable of making it plain beyond doubt to the statute's reader that the provision in question prevents him from going to court. . . save in a case where that is expressly stated. The class of cases where it could be done by necessary implication is, I venture to think, a class with no members.

[60] Referring to *Witham*, the Advocates' Society, at para. 24 of their factum, urged us to conclude that a citizen's right to unimpeded access to the courts to enforce his or her civil rights is a common law constitutional right that can only be abrogated by clear and express statutory language. We agree in part adding that we would not use the term "unimpeded". We say that the right of access is subject to the caveats of merit and proof of indigence.

[61] The results in *Witham* were reiterated in *R v Secretary of State for the Home Department and others, ex p Saleem* [2000] All E.R.814 (Court of Appeal). At page 821, the court emphasized the fundamental nature of the right of access to the court, noting that

. . . the infringement of such a right [the right of access to a court] must be either expressly authorised by a provision in an Act of Parliament or arise by necessary implication. Even where it can be said that the making of a rule under powers to

make rules by subordinate legislation arise by necessary implication, it will still be in question whether the rule formulated is reasonable. Even where the need for such a rule does arise by necessary implication either because the purpose of Parliament cannot be achieved without it or the function of Parliament has laid on a person or cannot be discharged without it, the rule will be ultra vires the rule making power if the rule as framed is unreasonable; if it is wider than is necessary, if it infringes the fundamental right to a greater extent than is required.

[62] This is the rationale that has led us to conclude that, quite apart from the *Charter*, there is at common law a constitutional right of access to the courts. The fact that the provision to waive or reduce prescribed fees is omitted, deliberately or otherwise, does not make it correct in law. The result is that for persons with demonstrated inability to pay prescribed fees and with meritorious cases, there must be a statutory provision to which they can resort for relief from the requirement to pay fees. This is recognized in the examples set out in paragraph [30] above.

[63] Gillese J. commented on this common law constitutional right in her reasons. Referring to *Pleau*, she stated the following at 340-341:

In *Pleau*, MacAdam J. rejected a s. 15(1) challenge to the validity of fees for initiating and continuing litigation, on the basis that being a plaintiff in a lawsuit does not make the plaintiff a member of a group analogous to those enumerated in s. 15. However, MacAdam J. did find that court fees could be constitutionally invalid if they impede, impair or delay access to the courts. This invalidity would not flow from a breach of s. 15(1) but, rather, from a breach of an unwritten constitutional right to access to the courts.

MacAdam J. states, at page 20, that the creation and imposition of fees are not a breach of the specific provisions of the Charter and “nothing under the Constitution, both written and unwritten, preclude them.”

He goes on, at page 21, to state:

The existence of reasonable fees, that is, fees in amounts that can reasonably be afforded by citizens in general, and not the well to do, at one end of the spectrum, and those qualifying for legal aid, at the other, is not precluded by the constitutional right to access the courts. The processes involved in litigation invoke the provision of various services. A reasonable fee is neither an impediment, impairment or [sic] cause for delay. A reasonable fee, however, is not necessarily a full reimbursement for the costs of the services. Otherwise valid reasonable fees, will loose [sic] their constitutional validity, in circumstances that cause them to “impede, impair or delay” access to the courts.

MacAdam J. ruled that the Hearing Fees in question did hinder, impede or delay access to the courts in a way that was unconstitutional. His ruling on Hearing Fees must be read in context. The Hearing Fees were set at \$50 per half day for up to five days, \$200 per day for five to ten days and \$500 per day for over 10 days. The hearing fee for one of the parties had been set at \$11,600 and for another party at \$1,000.

I do not read *Pleau* as standing for the proposition that a person has an unrestricted right to recourse to the courts for civil litigation. On the contrary, the passages set out above makes it clear that MacAdam J. is of the view that reasonable fees are permissible. Indeed, he specifically approves of certain of the court fees. To the extent that the case can be read as authority for the proposition that unrestricted access to the civil courts is a constitutionally guaranteed right, I respectfully disagree. Such a view overextends the comments of Dickson C.J. in *B.C.G.E.U., Re*, [1988] 2 S.C.R. 214 (S.C.C.), in my opinion. In *B.C.G.E.U.*, the Supreme Court of Canada was not concerned with a challenge to legislation restricting access to the courts. Rather, it was considering the right of access to the courts as a factor justifying an order enjoining protestors from impeding access to the courts. Dickson C.J.'s comments to the effect that there are constitutionally guaranteed rights under the *Charter* are directed towards the need for physical access to the courts for the purpose of enforcing *Charter* rights. The need to ensure physical access to the courts where certain constitutionally guaranteed rights are affected does not give rise to the proposition that there is a constitutionally guaranteed right to unimpeded access to the courts for the purposes of civil litigation.

[64] We agree that *Pleau* does not stand for the broad proposition that a person has an unrestricted right to recourse to the courts for civil litigation. This is why we emphasize the requirements of proof of indigence and a meritorious claim. We do not suggest that the constitutional right of access to the courts precludes reasonable fees, such as those challenged in this appeal. We do say, however, that in cases where their existence, combined with the requirement to pay them prevents a person from pursuing a meritorious claim, they are unconstitutional. We see this as something that is quite different from the concept that unimpeded or unrestricted access to the civil courts is a constitutionally guaranteed right, a concept that was rejected by Gillese J.

[65] It will be noted from the excerpted passage from the judgment of Gillese J. that she opined that the notion of a constitutionally guaranteed right of unrestricted right of access to the civil courts "overextends the comments of Dickson C.J. in *B.C.G.E.U., Re*," (cited above). This leads us to comment on a joint submission of the Appellant and the Advocates' Society. They urged us to interpret the comments of Dickson C.J. in an expansive fashion that, if accepted by this court, impacts on the outcome of the issues raised in this appeal.

[66] *B.C.G.E.U.* was decided in the context of a denial of *Charter* rights. The Appellant and the Advocates' Society submitted that the observations of Dickson C.J. about access to justice, as

set out below, resonate to the issues in this appeal. Before reproducing the passage, we provide brief factual background of *B.C.G.E.U.*

[67] The appellant union had picketed all law courts in British Columbia in the course of a legal strike and hoped to reduce court activity to matters of urgency. McEachern C.J.S.C. issued an injunction restraining picketing and other activities calculated to interfere with the operations of any court. The trial judge's decision that the picketing constituted acts of contempt of court was upheld at the Court of Appeal. Dickson C.J. considered whether the order restraining picketing and other activities within the precincts of all courthouses in British Columbia infringed or denied *Charter* rights. At 229 – 230, Dickson C.J., for the Court, observed as follows:

There cannot be a rule of law without access, otherwise the rule of law is replaced by a rule of men and women who decide who shall and who shall not have access to justice...

[68] Dickson C.J. then adopted the following passage from page 406 of the judgment of the British Columbia Court of Appeal:

We have no doubt that the right to access to the courts is under the rule of law one of the foundational pillars protecting the rights and freedoms of our citizens. It is the preservation of that right with which we are concerned in this case. Any action that interferes with such access by any person or groups of persons will rally the court's powers to ensure the citizen of his or her day in court. Here, the action causing interference happens to be picketing. As we have already indicated, *interference from whatever source falls into this category.* [Emphasis added]

[69] Emphasizing the above passage, the Appellant and the Advocates' Society jointly urged us to conclude that the reasoning in *B.C.G.E.U.* should not be confined in its application to matters of physical access to courthouses. We accept this submission.

[70] *B.C.G.E.U.* is discussed in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band* (2001), 208 D.L.R. (4th) 301 (B.C.C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted, [2001] S.C.C.A. No. 629 [*Okanagan*]. The appeal was heard on June 9, 2003 and is under reserve. This is an appeal by the Okanagan Indian Band from an order remitting its action to the trial list and a refusal to order the government of British Columbia to pay the Band's costs in advance. In association with other Bands, the Band challenged the constitutionality of the provincial Forest Practices Code where it purported to regulate Band logging activities. The Band's chief deposed that his members suffered extreme poverty and needed the lumber for housing. A chambers judge ruled that a full trial and pleadings was necessary to resolve the dispute. However, he rejected Band arguments that, without funding by the province, the Band would be denied full and equal access to justice as guaranteed by the *Charter*. The Band also claimed that *The Constitution Act, 1982* guaranteed all aboriginal people access to the courts.

[71] Newbury J.A. analyzed the Bands' position that it has a constitutional right to funding. At para. 25, she noted that "The Bands' constitutional arguments in this court were based on . . . the existence of what they called a "free standing constitutional right to access justice in the courts" . . ." The argument was also based upon s.35 of the *Constitutional Act, 1982*, however, this was not argued on appeal.

[72] Newbury J.A. then referred to the passage from *B.C.G.E.U.*, excerpted above in paragraph 67 of this judgment and stated the following at para. 26

It will be recalled that in *B.C.G.E.U.*, the injunction was granted against picketers of the courthouse who were denying or delaying the right of the public to physical access to the courts.

...

However, it is a large step – in my view, too large – from the Court's reasoning in *B.C.G.E.U.* to the proposition that because a court of law has ordered proceedings to be remitted to the trial list, the Bands have been denied access to justice, thereby giving rise to a right to funding from the province. I am not persuaded that there is such a right. Unfortunately, many persons in our society find themselves unable to pay the high costs of litigation, which include provincial filing fees and taxes (unsuccessfully challenged in *John Carten Personal Law Corp. v. British Columbia (Attorney General)* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 181, 153 D.L.R. (4th) 460 (B.C.C.A.). In the latter case, Lambert J.A. said this for the majority:

There are many reasons why the cost of legal services, or a lack of funds, may restrict, hamper, or even prevent a person from exercising rights of access to the courts or rights of access to other legal services. What would be required in order to find this Act [*Social Services Tax Act*] wholly unconstitutional, or even unconstitutional in its application to a particular case, would be proof that people, or a class of people, in general, or some person in particular, who would have been able to exercise the legal rights in question if this tax were not in effect, were or was *prevented by this tax* from exercising those rights. . . What would be required would be proof that the right was denied, or its exercise was prevented, by the existence or operation of this tax. In other words, that a right which would have been exercised but for this tax could not be exercised because of this tax.
[emphasis in original]

[73] We do not see the reasoning in *Okanagan* as being at odds with the rationale that underlies the disposition of this appeal. We see this disposition as one that flows from the

passage of Lambert J.A. above. We agree with the necessity of applying a “but for” test.¹⁷ In this case, Mr. Polewsky has not proven that but for the waiver or reduction of prescribed fees, he would not be able to proceed.

c) *The Rule of Law*

[74] Before leaving the discussion of *B.C.G.E.U.*, we find helpful to consider other observations of Dickson C.J. that begin at p. 228:

...For the moment I wish to highlight certain sections of the *Charter* which, it seems to me, are a complete answer to anyone seeking to delay or deny or hinder access to the courts of justice in this country. Let us look first at the preamble to the *Charter*. It reads: “Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law”. So we see that the rule of law is the very foundation of the *Charter*. . .To paraphrase the European Court of Human Rights in *Golder v. United Kingdom* (1975), 1 E.H.R.R. 524, at p. 536, it would be inconceivable that Parliament and the provinces should describe in such detail the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court. As the Court of Human Rights truly stated: “The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings”. And so it is in the present case. Of what value are the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* if a person is denied or delayed access to a court of competent jurisdiction in order to vindicate them? How can the courts independently maintain the rule of law and effectively discharge the duties imposed by the *Charter* if court access is hindered, impeded or denied? The *Charter* protections would become merely illusory, the entire *Charter* undermined.

We see no reason why this commentary, even if made in the context of certain *Charter* arguments advanced by the Union, does not provide a backdrop for considerations of the Rule of Law and its impact on the matter of access to the courts by indigent persons. The Rule of Law stands independently of the *Charter* and, at the same time, infuses the *Charter* or as Dickson C.J. put it, “it is the very foundation of the *Charter*”.

[75] The Rule of Law has been described as an unwritten constitutional principle that reflects Canada’s “commitment to an orderly and civil society in which all are bound by the enduring rules, principles, and values of our Constitution as the supreme source of law and authority.” See *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 505 (C.A.) [Lalonde] at 547. In the context of *Lalonde*, we are alert to the caution contained in

¹⁷ The “but for” test has been considered and analyzed in many cases. See for example: *Alles v. Maurice* (1992), 5 B.L.R. (2d) 146 (Ont. C.J. Gen. Div.), *Organ v. Barnett*, (1992), 11 O.R. (3d) 210 (Gen. Div.), *Leopold v. Leopold* [2001] O.J. No. 3355 (Sup. Ct.) and *Waxman v. Waxman* [2003] O.J. No. 87.

the following comment at p. 551. The Court observed that “[t]he unwritten principles do not confer on the judiciary a mandate to rewrite the Constitution's text.” In that case, the court referred to *Re Eurig Estate* [1998] 2 S.C.R. 565 at p.594, where Binnie J. noted that “implicit principles can and should be used to expound the Constitution, but they cannot alter the thrust of its explicit text.” Our analysis of the issues in this appeal and the results that flow from such analysis is not premised on the application of the *Charter*.

[76] We agree that the Rule of Law infuses this court's determination of the issues raised in this appeal. We say that the existence of the Rule of Law combined with what we find to be the common law constitutional right of access to justice compels the enactment of statutory provisions that permit persons to proceed *in forma pauperis* in the Small Claims Court.

E. Summary and Disposition

[77] It will be apparent from these reasons that we have concluded that, apart from the *Charter*, there is a common law constitutional right of access to the Small Claims Court. We do not say that this right is unimpeded or unrestricted. It must be subject to the exercise of judicial discretion on issues of merit and financial circumstances that trigger the right to proceed *in forma pauperis*. To the extent that no such provision exists in the *Courts of Justice Act*, The *Rules of the Small Claims Court*, the *Administration of Justice Act* or Ontario Regulation 432/97, we say that there will have to be a statutory amendment to give effect to the findings of this court. We do not say that each one of the aforementioned statutes must be amended. It will be up to the legislature to decide which of the statutes is to be amended to give effect to the disposition of this Appeal. We do not say that an immediate amendment is required but it should be done within a reasonable period of time and not later than 12 months from the date of the release of these reasons. We reiterate that even if there had been a statutory provision allowing him to proceed *in forma pauperis*, this Appellant would not have met the requirements because of the evidentiary deficiencies above noted. The appeal is therefore allowed in accordance with these reasons. This is not a case for costs. The Appeal Book is endorsed accordingly.

Then J.

Ellen Macdonald J.

Czutrin J.

Released:

COURT FILE NO.: 53/2001
DATE: 20030715

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

DIVISIONAL COURT

THEN, E. MACDONALD and CZUTRIN JJ.

BETWEEN:

VICTOR R. POLEWSKY

Plaintiff (Appellant)

- and -

HOME HARDWARE STORES LTD. and
MARIE-FRANCE ARISMENDI and WILLIAM
KENNEDY and PINERY INN RESORT

Defendants (Respondents)

- and -

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO and
THE ADVOCATES' SOCIETY

Intervenors

REASONS FOR DECISION

Released: July 15, 2003

A large, handwritten signature in black ink, appearing to read "JSP".

05 034 047

M303

Court File No: M30236

VICTOR R. POLEWSKY..
Plaintiff (Responding Party)

HOME HARDWARE, et al
Defendants

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

BEFORE CATZMAN J.A. LASKIN J.A. BORINS J.A.

DATE January 13, 2004

DISPOSITION OF MOTION LEAVE TO APPEAL GRANTED.

TIME ALLOTMENT

APPELLANT 2 HRS

RESPONDENT 1 HR 30 MINS

INTERVENOR 15 MINS

COSTS RESERVED TO IAN OVER HEADING THE

29 APEAL.

124 ACWS 3d

M. Catzman J.A.

P. Laskin J.A.
R. Borins J.A.

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

MOTION RECORD OF THE MOVING PART
THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
ON A MOTION FOR LEAVE TO APPEAL

ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO

Constitutional Law Branch
4th Floor, 720 Bay Street
Toronto ON M5G 2K1

Janet E. Minor (LSUC# 14898A)
Tel: (416) 326-4137
Sarah Wright (LSUC# 28097U)
Tel: (416) 212-4800
Fax: (416) 326-4015

Counsel for the Intervenor (Moving Party)

Tab 25

41 Ottawa L. Rev. 245

Ottawa Law Review
2009-2010

Article

**Draconian but Not Despotic: The “Unwritten”
Limits of Parliamentary Sovereignty in Canada**

Vincent Kazmierski ^{a1}

Copyright © 2009-2010 by University of Ottawa; Vincent Kazmierski

More than a decade after the *Quebec Secession Reference*, the issue of whether unwritten constitutional principles may be applied as free-standing limits on legislation remains a contentious issue. Interestingly, academics and judges seem to be approaching the issue from different perspectives. Whereas scholars have adopted an “American” focus on the potential dangers to the legitimacy of judicial review that are raised by judges departing from the constitutional text to identify and apply constitutional principles as limits on legislation, Canadian judges appear to be adopting a “British” approach that recognizes the legitimacy of unwritten principles but favours the principle of parliamentary sovereignty above other principles.

This article argues that viewing decisions of Canadian courts through the lens of British common law constitutionalism provides a new perspective on some of the most important appellate and Supreme Court of Canada decisions that have considered the application of unwritten constitutional principles as limits on legislation. It suggests that while these decisions may appear (on their face) to limit the scope of the application of unwritten constitutional principles, the decisions actually include the building blocks for an approach that ultimately recognizes the potential for unwritten principles to limit legislation that substantially interferes with the democratic process.

The article proceeds beyond the parameters of the existing debate concerning the role of unwritten principles in Canadian constitutional law by providing a detailed analysis of several key cases from a new perspective. In so doing it builds a new framework for understanding the Supreme Court's approach to this issue.

Table of Contents

247
252

- I. INTRODUCTION
- II. THE CASE FOR PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY:
EARLY APPELLATE DECISIONS

252	A. Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.
255	B. Singh v. Canada (Attorney General)
258	III. VIEWING BACON AND SINGH THROUGH THE LENS OF THE BRITISH DEBATE
262	A. Sir John Laws
264	B. Sir Stephen Sedley
264	C. Paul Craig
265	D. Trevor Allan
269	IV. THE PRINCIPLE OF PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY: THE SUPREME COURT'S APPROACH
270	A. Babcock v. Canada (Attorney General)
273	B. Imperial Tobacco and Charkaoui
278	V. THE PRINCIPLE OF DEMOCRACY AND THE LIMITS OF PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY
278	A. Reference re Alberta Legislation
279	B. O.P.S.E.U. v. Ontario (Attorney General)
281	C. Reference Cases
285	VI. CONCLUSION

***247** It is well within the power of the legislature to enact laws, even laws some would consider draconian, as long as it does not fundamentally alter or interfere with the relationship between the courts and other branches of government.

Chief Justice McLachlin in *Babcock v. Canada (Attorney General)*¹

I. INTRODUCTION

The late 1990s witnessed a watershed in Canadian constitutional law. In the course of 11 months between September 1997 and August 1998, the Supreme Court of Canada released two seminal decisions involving the application of unwritten constitutional principles: the *Provincial Judges Reference*² and the *Quebec Secession Reference*.³ These decisions propelled unwritten constitutional principles into the forefront of Canadian constitutional discourse. Now, more than a decade later, the issue of the appropriate role for unwritten principles in a constitutional order that includes extensive constitutional texts continues to fuel debate among Canadian scholars and jurists. However, in many cases, the scholars and jurists appear to be engaged in different debates.

Among scholars, there appears to be a general consensus accepting less radical applications of unwritten constitutional principles in the process of constitutional and statutory interpretation and in the regulation of administrative authority. ***248** However, the issue of whether unwritten constitutional principles may be applied as free-standing limits on legislation remains contentious. Academic critics of the application of unwritten constitutional principles as limits on legislation have focused much of their attention on two specific concerns related to the relationship between unwritten constitutional principles and the legitimacy of judicial review.⁴ First, critics have argued that the application of unwritten principles will result in judges moving beyond their legitimate role as interpreters

of constitutional text and lead them to take on the legislators' rightful role as creators of constitutional text. Second, critics have raised the concern that judges may impose their personal value preferences in the course of identifying and applying unwritten principles that should receive constitutional protection. This academic critique has thus focused on themes most commonly associated with positivist critiques of judicial “activism” within the context of written constitutional instruments and particularly American debates concerning these themes.⁵

Generally speaking, appellate and lower court judges have also reacted cautiously to the Supreme Court's renewed interest in unwritten principles. Thus, while Canadian courts have been willing to apply unwritten constitutional principles to aid *249 in the interpretation of legislative or constitutional provisions,⁶ or to guide the regulation of administrative discretion,⁷ they have typically refused to apply unwritten constitutional principles to invalidate legislation.⁸

*250 Interestingly, the reluctance of Canadian courts to apply unwritten constitutional principles to invalidate legislation has not always reflected the same theoretical concerns about the legitimacy of judicial review that have been raised by academics. Rather than categorically rejecting the application of unwritten constitutional principles as limits on legislation, a number of Canadian judges have applied the principle of parliamentary supremacy to uphold legislation in the face of claims based on the application of other unwritten constitutional principles. In other words, these Canadian judges have accepted the legitimacy of unwritten principles but have tended to privilege the principle of parliamentary supremacy over other fundamental principles, such as the rule of law and the separation of powers.⁹ In so doing, these judges have often emphasized the near absolute authority provided by the principle of parliamentary sovereignty in those areas that the *Charter* does not apply.¹⁰

Thus, rather than embroiling themselves in the debates concerning the importance of constitutional text as a discipline on judicial discretion, these Canadian judges have tended to situate their consideration of the application of unwritten principles within the context of the heritage of unwritten constitutionalism that Canada inherited from the United Kingdom through the *Constitution Act, 1867*.¹¹ In this way, Canadian judges have taken a similar approach, if not always reaching a similar result, as Canadian academics who have argued in favour of a more aggressive application of unwritten constitutional principles.¹² This approach fits more readily into the British debate concerning the legitimacy of judicial review rather than the American debate, as the British debate focuses on the proper role of judges in the context of unwritten constitutional principles, including the principle of parliamentary sovereignty. By contrast, the American debate concerns itself primarily with the importance

of the text of the Constitution as the anchor of legitimate judicial review and as a necessary restraint on judicial preferences.¹³

***251** In this article, I consider several major Canadian cases in which judges have applied the principle of parliamentary sovereignty to limit the application of other unwritten constitutional principles. In so doing, I focus on the ways in which these decisions may be understood in the context of the British debate concerning the legitimacy of judicial review imposing limits on the principle of parliamentary sovereignty. I argue that the account of parliamentary sovereignty that is advanced in these cases appears to reflect a traditional conception of absolute parliamentary sovereignty at first blush. However, upon deeper analysis, these cases include important elements of the more recent critical understanding of that principle among some British scholars. As a result, judicial decisions that appear, on their face, to have limited the normative scope of the application of unwritten constitutional principles in Canada also provide the foundation for the application of these principles as limits on legislation in some circumstances.

I begin by outlining two important early decisions in which Canadian appellate courts applied the principle of parliamentary sovereignty to reject claims that other unwritten constitutional principles may be used to invalidate legislation. I consider how these early decisions may be understood within the context of the British debate concerning the limits of parliamentary sovereignty. I then analyze a number of the Supreme Court's recent decisions concerning the application of unwritten constitutional principles using the lens of this British debate. I suggest that the Supreme Court's approach in these cases reflects a common law approach to judicial review and constitutional theory that has been adopted by some British scholars. This approach recognizes that the principle of parliamentary sovereignty may be limited in some circumstances and thus provides a foundation for applying unwritten constitutional principles to limit legislation.

In Canada, the circumstances for limiting parliamentary sovereignty may be linked directly to the account of the principle adopted by the Supreme Court. The important weight accorded to the principle of parliamentary sovereignty in the Court's decisions is often justified by the Supreme Court by the representative function of Parliament. As such, I argue that the principle of parliamentary sovereignty may not be used to justify attempts by Parliament to undermine this representative function for to do so would be to undermine the source of legitimacy of the principle itself. In my view, imposing such a limitation on parliamentary sovereignty is consistent with the Supreme Court's understanding of its role in defending the Constitution. In particular, in the final section of the paper, I identify and discuss a number of cases in which members of the Supreme Court have recognized and affirmed the judiciary's responsibility to protect against substantial impediments to the parliamentary system of democratic governance that is at the heart of our constitutional order. In short, while the Court may be willing to tolerate draconian legislative measures as a legitimate

product of parliamentary sovereignty, it should not tolerate despotic measures that would undermine the democratic foundations of Parliament itself. In particular, I argue that the Court should protect *252 against legislative measures that would undermine the core democratic functions of Parliament, namely ensuring political representation of citizens and accountability of government.

II. THE CASE FOR PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY: EARLY APPELLATE DECISIONS

In the years immediately following the Supreme Court's decision in the *Quebec Secession Reference*, two decisions by the Saskatchewan Court of Appeal and the Federal Court of Appeal, respectively, set the tone for judicial consideration of the normative scope of unwritten constitutional principles both by trial judges and by the judges of the Supreme Court. On first review, these cases appeared to close the door to the application of unwritten constitutional principles as limits on legislation. However, a closer examination demonstrates that these decisions not only leave open the possibility of the application of unwritten constitutional principles as normative limits on legislation but actually establish the foundation of such an approach, as well.

A. *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*

The first case to be examined is *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*¹⁴ The *Bacon* case arose out of a dispute between Saskatchewan farmers and the Saskatchewan government, together with the Saskatchewan Crop Insurance Corporation (SCIC), a Crown corporation. Wayne Bacon and Gary Svenkson, as representatives of 386 farmers, sued the Saskatchewan government and the SCIC, challenging the constitutionality of legislation that retroactively changed the terms of GRIP 91, a gross revenue insurance plan that was designed to provide an economic safety net to farmers.¹⁵

The farmers claimed that the government was liable for breach of contract and that it could not retroactively legislate to cancel its contractual obligations under the GRIP 91 program. They argued that such legislation was arbitrary and would violate the rule of law. The government of Saskatchewan argued that the amending legislation *253 was a proper exercise of its sovereign authority within its constitutional jurisdiction. It argued that the rule of law could not in itself be used to render legislation *ultra vires*.¹⁶

The trial judge, Justice Laing, focused his reasons on the interplay of the rule of law with the principle of parliamentary supremacy. He found that the “principle of parliamentary sovereignty is subordinate where it conflicts with the principle of the Rule of Law”¹⁷ However, he found that the rule of law principle does not provide an absolute restriction on the principle of parliamentary sovereignty, rather it requires that legislative powers must

not be exercised arbitrarily. Justice Laing went on to note that a government that enacts retroactive legislation to excuse itself from a contractual obligation may be considered to be acting contrary to the normative legal order. Nonetheless, he reasoned that a government may rely on such retroactive legislation where it is acting in the public interest.¹⁸ Justice Laing concluded that the legislation that implemented the changes to the GRIP program was enacted in the public interest and thus could not be construed as arbitrary and did not offend the rule of law principle.¹⁹

Bacon and Svenkson appealed the judgment of Justice Laing, arguing principally that the Saskatchewan legislature did not have the authority to pass the legislation and that the issue of whether the legislation involved an arbitrary use of power was irrelevant. In the alternative, they argued that the legislation was arbitrary in any case. The Saskatchewan Court of Appeal dismissed the appeal, but also rejected elements of the reasoning of Justice Laing. In particular, Justice Wakeling, writing for the Court of Appeal, rejected Justice Laing's findings that the rule of law might impose a substantive limit to the sovereignty of the legislature. In so doing, Justice Wakeling emphasized the long-standing roots of the principle of parliamentary supremacy. Justice Wakeling cited the 1909 case of *Florence Mining Co. v. Cobalt Lake Mining Co.* as “the most compelling judicial comment” about the principle of parliamentary sovereignty. He specifically highlighted Justice Ridell's summary of parliamentary sovereignty in *Florence Mining*, which stated:

In short, the Legislature within its jurisdiction can do everything that is not naturally impossible, and is restrained by no rule human or divine. If it be that the plaintiffs acquired any rights, which I am far from finding, the Legislature had the power to take them away. The prohibition, “Thou shall not steal,” has no legal force upon the sovereign *254 body. And there would be no necessity for compensation to be given. We have no such restriction upon the power of the Legislature as is found in some States.²⁰

Justice Wakeling rejected all of the appellants' arguments that were based on the normative role of unwritten constitutional principles, including the rule of law. In particular, he distinguished the Supreme Court's discussion of unwritten principles in the *Quebec Secession Reference*, describing it as though it was merely a context-setting discussion, with no other impact than to set the stage for the rest of the decision.²¹

Later, Justice Wakeling again underlined the dominance of the principle of parliamentary supremacy stating:

I am unable to accept that these justices of the Supreme Court, whilst providing an analysis of our federal system, were at the same time engaged in changing that system. That is particularly so when we are not talking of

a subtle or marginal change, but one which would reduce the supremacy of Parliament by subjecting it to the scrutiny of superior court judges to be sure it did not offend the rule of law and if it did, to determine whether it was an arbitrary action. If the Supreme Court of Canada meant to embrace such a doctrine, I would expect it would see the need to say so very clearly in a case where that was the issue before them. This is particularly so when they are not only cognizant of the many cases in various jurisdictions acknowledging the supremacy of Parliament, but must also be aware of their own previous judgments which have endorsed that principle such as: *P.S.A.C. v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424 (S.C.C.), *Reference re Canada Assistance Plan (Canada)*, [1991] 2 S.C.R. 525 (S.C.C.), *Esquimalt & Nanaimo Railway v. British Columbia (Attorney General)* (1949), [1950] A.C. 87 (British Columbia P.C.). Furthermore, I am unable to accept that when the justices were laying a foundation for their decisions in the *Secession* case by reviewing the historical and legal development of federalism in this country, that they were also engaged in changing that foundation. If that were so, it would surely not be done in such a subtle manner as to be questionable whether it had happened at all.²²

On its face, the decision of the Saskatchewan Court of Appeal in the *Bacon* case grudgingly accepted a role for unwritten constitutional principles and accorded them a static treatment in which parliamentary sovereignty retains a superior status and the rule of law principle occupies a formal role of disciplining the exercise of delegated powers. This contrasts starkly with the approach adopted by the trial judge. The trial *255 judge's approach acknowledged the importance of unwritten principles, held that the content of unconstitutional principles such as the rule of law has not been diminished by the enactment of the *Charter*, that such principles continue to evolve over time, and that the principle of parliamentary sovereignty may be subordinated in certain instances where it conflicts with the rule of law principle.²³

B. Singh v. Canada (Attorney General)

The approach of the Saskatchewan Court of Appeal in *Bacon* was mirrored by the Federal Court of Appeal in *Singh v. Canada (Attorney General)*.²⁴ The *Singh* case concerned a challenge to the constitutionality of section 39 of the *Canada Evidence Act*.²⁵ Section 39 provides the government with a right to refuse disclosure of information containing Cabinet secrets during litigation proceedings. The issue arose during the course of hearings held by the Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission (the “Commission”) concerning allegations of misconduct by the RCMP during demonstrations held to protest the Asian Pacific Economic Cooperation Conference (“APEC Conference”) in Vancouver in November 1997. The APEC Conference witnessed the infamous “Sergeant Pepper” incident

in which an RCMP officer was filmed using liberal amounts of pepper spray to disperse protesters. Some of the protesters alleged that the heavy-handed tactics used by the RCMP were linked to discussions between the Prime Minister's Office and the RCMP concerning security at the APEC Conference.²⁶

During the course of the hearings, counsel for the Commission requested that the Government of Canada disclose to the Commission all government records relevant to the hearing.²⁷ The requests for disclosure were denied as the Clerk of the *256 Privy Council filed certificates under section 39(1) of the *Canada Evidence Act* certifying that the information contained in certain documents included Cabinet secrets. Pursuant to section 39, this meant that the documents could not be disclosed and that the Court was prohibited from reviewing the documents in order to verify the veracity of the certificate.

Counsel for the Commission did not continue to seek the requested documents in the face of the certificate of the Clerk of the Privy Council. However, several of the complainants commenced an application to challenge the constitutionality of section 39 on the basis that it contravened sections 2(b) and 7 of the *Charter* and that it was inconsistent with the preamble of the *Constitution Act, 1867* and certain unwritten constitutional principles. Justice McKeown of the Federal Court Trial Division dismissed the application, finding no violation of the *Charter* and ruling that unwritten constitutional principles had no application in the case.²⁸

The complainants appealed Justice McKeown's decision to the Federal Court of Appeal, arguing that section 39 violated fundamental unwritten principles of the Constitution, including the principles of the independence of the judiciary, the rule of law and the separation of powers.²⁹ The Federal Court of Appeal panel, consisting of Justices Strayer, Robertson and McDonald, was not convinced. The judgment of the Court was delivered by Justice Strayer, who expressed general agreement with the reasons of the trial judge and rejected all of the complainants' arguments. Justice Strayer rejected the application of unwritten constitutional principles in the case, dismissing the discussion of such principles in the *Provincial Judges Reference* and the *Quebec Secession Reference* as “observations” of a “general nature.”³⁰ More importantly, he emphasized the continued dominance of the notion of parliamentary supremacy. He stated:

Furthermore, [the *Provincial Judges Reference* and the *Quebec Secession Reference*] dealt with matters not specifically dealt with in the Constitution and not subject to a well-established jurisprudence. I do not interpret them as having put an end to another constitutional principle, namely the supremacy of Parliament or the supremacy of legislatures when acting in their own domain.³¹

Justice Strayer suggested that the applicants' arguments were based on the premise that the enactment of the *Charter* ousted parliamentary sovereignty as one of the principles of the Constitution. He rejected this premise, noting that:

*257 Both before and after 1982 our system was and is one of parliamentary sovereignty exercisable within the limits of a written constitution. These were solely quantitative limits on the exercise of legislative power prior to 1982. It is true that the adoption of the Charter in 1982 added a multitude of qualitative limitations on the exercise of power, but it is difficult to ascertain any change in the principle that the Constitution of Canada was and is supreme over ordinary laws. As a result one is driven as before 1982 to looking at the specific requirements of the Constitution to determine whether in a given case Parliament has infringed a constitutional limit (express or implied) on its power.³²

Justice Strayer also relied on the Supreme Court's decision in *Commission des droits de la personne v. Canada (Attorney General)* in which the Court upheld subsection 41(2) of the *Federal Court Act*,³³ which was a predecessor of section 39 of the *Canada Evidence Act*. In his reasons, Justice Strayer referred to the following excerpt of the Court's reasons from that case:

Once Parliament and the provincial legislatures are admitted to have the power to legislate on this matter in their respective fields (and the power cannot be denied), the risk exists. However, the risk that the Executive will apply legislation that has been validly adopted by Parliament with malice or even arbitrarily does not have the effect of divesting Parliament of its power to legislate. It is important not to confuse the statute adopted by Parliament with the action of the Executive performed in accordance with that statute.

*Once it is admitted that Parliament and the provincial legislatures have the power to legislate, it necessarily follows that they can make the privilege absolute. In my view, saying that Parliament and the legislatures cannot make the privilege absolute amounts to a denial of parliamentary supremacy, and to denying Parliament and the legislatures their sovereign power to legislate in their respective fields of jurisdiction.*³⁴

In Justice Strayer's view, the principle of parliamentary sovereignty protects the legislature's right to define privileges of the Executive “in the furtherance of the well-established and well-accepted principles of Cabinet secrecy. In the absence of some clear and compelling constitutional imperative to the contrary the legislation is valid and effective.”³⁵ Justice

Strayer concluded that the constitutional principles of separation of powers, judicial independence and rule of law were not compelling enough to counteract the impetus of parliamentary sovereignty in the *Singh* case.³⁶

*258 The approach adopted by the Federal Court of Appeal in *Singh* mirrors the approach adopted by the Saskatchewan Court of Appeal in *Bacon* in three important respects:

- (a) the Supreme Court's discussion of the normative role of constitutional principles in the *Quebec Secession Reference* is marginalized;
- (b) when constitutional principles are acknowledged, the principle of parliamentary sovereignty is accorded preferential status; and
- (c) the rule of law principle is accorded a “thin” or formal content.³⁷

These three factors form a template that has been applied in many appellate and lower court decisions dealing with unwritten constitutional principles since the Supreme Court's decision in the *Quebec Secession Reference*.³⁸ More importantly, in several cases involving applications to strike statements of claim, judges have used the rulings in *Singh* and *Bacon* to find that it is a matter of settled law that unwritten constitutional principles cannot be used to strike down legislation.³⁹

III. VIEWING BACON AND SINGH THROUGH THE LENS OF THE BRITISH DEBATE

The impact of these early appellate decisions warrants a careful consideration of the analysis applied by the courts in the two cases. In particular, it is important to consider how the decisions in *Bacon* and *Singh* both relied heavily on the assumption of *259 continued dominance of the principle of parliamentary sovereignty in Canadian constitutional law. In my view, both decisions were based on two basic arguments that are in tension with each other. These two arguments reflect the two opposing views in the contemporary British debate concerning the scope of parliamentary sovereignty and the legitimacy of judicial review.

Not surprisingly, the British debate concerning the legitimacy of judicial review has largely ignored the role of constitutional text in legitimating the judicial review of legislation. Rather, it has focused on the scope of the unwritten principle of parliamentary sovereignty. Interestingly, the British debate first emerged from consideration of whether the *ultra vires* doctrine is the proper foundation for judicial review. Traditionalists, such as Sir William Wade,⁴⁰ and more recently, Christopher Forsyth⁴¹ and Mark Elliott,⁴² have argued that judges may only review administrative action if they can demonstrate that Parliament

intended them to have that power, either expressly or impliedly. As such, judges can only restrain administrative action if they can show that action is outside of the grant of power provided by the legislature and thus *ultra vires*. This approach, which is most often traced back to the conception of parliamentary sovereignty attributed to Dicey, limits the power of the judiciary to assess the constitutional validity of legislation and requires judges to determine the *intention* of Parliament when interpreting legislation or assessing the actions of administrative officials pursuant to that legislation.

By contrast, common law critics of the traditional view have questioned whether the *ultra vires* doctrine should still be considered the foundation of judicial review.⁴³ Some, but not all, critics have argued that heads of judicial review are a common law creation and that resort to the notion of parliamentary intent is not necessary. More importantly, critics of the traditional approach have rejected the absolute scope of the principle of parliamentary sovereignty that is relied upon in the *ultra vires* approach. Indeed, some British scholars have questioned the very essence of parliamentary sovereignty, suggesting that Parliament may not have the power to violate certain fundamental rights.⁴⁴ As a result, a debate that was once focused on the narrow *260 issue of the *ultra vires* doctrine has expanded to consider the proper relationship between Parliament and the judiciary and, more specifically, the issue of whether the judiciary may set limits on the principle of parliamentary supremacy.⁴⁵

Returning to the Canadian context, the first argument raised in support of the dominance of the principle of parliamentary sovereignty over other constitutional principles in the *Bacon* and *Singh* decisions is that the principle of parliamentary sovereignty has traditionally dominated within the Canadian constitutional framework. Both decisions point to the continuing importance of the principle of parliamentary sovereignty in the post-*Charter* era, noting that the principle allows Parliament a virtually unlimited scope of power in those areas where its jurisdiction is not restricted by the written terms of the Constitution.

In the *Bacon* decision, this argument is supported by Justice Wakeling's reference to the 1909 *Florence Mining* case and its finding that “the Legislature within its jurisdiction can do everything that is not naturally impossible, and is restrained by no rule human or divine.” In the *Singh* case, the argument is best illustrated by Justice Strayer's reliance on the reasoning of Chief Justice Dickson in the *Auditor General* case. In particular, Justice Strayer relied on the following excerpt from the Chief Justice's reasons in that case:

In the realm of *Charter* adjudication, s. 1 is “the uniquely Canadian mechanism through which the courts are to determine the justiciability of particular issues that come before it” (Wilson J. in *Operation Dismantle, supra*, at p. 491). Ultimately, the courts are constitutionally charged with drawing the boundaries of justiciability, except as qualified by s. 33. By way of contrast, in the residual area reserved for the principle of Parliamentary sovereignty

in Canadian constitutional law, it is Parliament and the legislatures, not the courts, that have ultimate constitutional authority to draw the boundaries. It is the prerogative of a sovereign Parliament to make its intention known as to the role the courts are to play in interpreting, applying and enforcing its statutes. While the courts must determine the meaning of statutory provisions, they do so in the name of seeking out the intention or sovereign will of Parliament, however purposively, contextually or policy-oriented may be the interpretative methods used to attribute such meaning. *If, then, the courts interpret a particular provision as having the effect of ousting judicial remedies for entitlements contained in *261 that statute, they are, in principle, giving effect to Parliament's view of the justiciability of those rights. The rights are non-justiciable not because of the independent evaluation by the court of the appropriateness of its intervention, but because Parliament is taken to have expressed its intention that they be nonjusticiable.*

*The just-stated view sits comfortably with the occasions on which the courts give effect to so-called privative clauses that explicitly oust judicial review. As a constitutional matter, it is not appropriate for the court to intervene by virtue of the simple fact that Parliament has directed that they must not.*⁴⁶

Chief Justice Dickson's discussion of the respective roles of Parliament and the courts in the *Auditor General* case--namely that Parliament determines the role of the courts and the courts must only determine the intention of Parliament when reviewing legislation--is a textbook application of the traditional *ultra vires* theory of judicial review.

The second argument embedded in the *Bacon* and *Singh* decisions is that the normative scope of the principle of parliamentary sovereignty could only have been changed by the Supreme Court's decision in the *Quebec Secession Reference* if the Supreme Court addressed the issue directly, and the Court did not do so in that case. This second argument assumes that the Supreme Court has the power to limit the scope of the principle of parliamentary sovereignty. Indeed, both decisions assert that the scope of parliamentary sovereignty must be assumed to be unchanged since the Supreme Court did not directly address the issue in the *Quebec Secession Reference*. This point was made most directly by Justice Wakeling in *Bacon* when he considered the hypothetical conditions under which the Supreme Court might place limits on the principle of parliamentary sovereignty, stating: “If the Supreme Court of Canada meant to embrace such a doctrine, I would expect it would see the need to say so very clearly in a case where that was the issue before them.”⁴⁷ He later assumed that such a change *may* be possible but that it would have to be clearly identified by the Court. In particular, he noted that if the Court did impose such a limitation, “[I]t would surely not be done in such a subtle manner as to be questionable whether it had happened at all.”⁴⁸

While Justice Strayer provided less discussion on this issue, he too appears to have assumed in *Singh* that the Court has the power to recognize limits on the principle *262 of parliamentary sovereignty. Thus, rather than categorically rejecting the possibility of such a limitation on the principle, Justice Strayer suggested that “I do not interpret [the decisions in the *Provincial Judges Reference* and the *Quebec Secession Reference*] as having put an end to another constitutional principle, namely the supremacy of Parliament or the supremacy of legislatures when acting in their own domain.”⁴⁹

This second argument thus suggests that, even if the Supreme Court has not previously recognized that the principle of parliamentary sovereignty may be limited by another constitutional principle, it has the power to recognize such a limitation now or in the future. By extension, the second argument also allows for the possibility that our constitutional framework has always included the potential that parliamentary sovereignty may be limited by the rule of law, or some other constitutional principle, but the Supreme Court has simply not had to implement such limitations to date.

These assumptions embedded in the second argument--that our constitutional framework has always included some unwritten restrictions on the principle of parliamentary sovereignty, that even if the courts have not recognized such restrictions historically the jurisprudence may have recently evolved to include such restrictions or that it may evolve to allow such restriction in the future--reflect the approach of British scholars who reject the traditional *ultra vires* approach to judicial review and who argue that the principle of parliamentary sovereignty may be limited by the courts. In particular, it is worth noting the work of Sir John Laws, Sir Stephen Sedley, Paul Craig and Trevor Allan. While each of these authors offers distinct justifications for limiting the principle of parliamentary sovereignty, they all build on a common law approach to constitutional theory that recognizes the duty of courts to identify and protect fundamental principles against legislative encroachment.

A. Sir John Laws

Interestingly, the British debate over the limits of parliamentary sovereignty has been fuelled by the extra-judicial writings of a number of English judges. Sir John Laws, then a justice of the High Court, Queen's Bench Division, invigorated the debate in his seminal article “Law and Democracy” in which he emphasizes the important role of the judiciary in controlling government.⁵⁰ In an oft-quoted passage, Laws argues that the heads of judicial review are judicial creations and dismisses the notion that *263 they can be the result of legislative intention. He writes: “They are, categorically, judicial creations. They owe neither their existence nor their acceptance to the will of the legislature. They have nothing to do with the intention of Parliament, save as a fig-leaf to cover their true origins. We do not need the fig-leaf any more.”⁵¹

At the core of Laws' argument is his belief that a constitution that gives all power to its elected government is undemocratic because it fails to protect fundamental freedoms.⁵² He explains:

As a matter of fundamental principle, it is my opinion that the survival and flourishing of a democracy in which basic rights (of which freedom of expression may be taken as a paradigm) are not only respected but enshrined requires that those who exercise democratic, political power must have limits set to what they may do: limits which they are not allowed to overstep. If this is right, it is a function of democratic power itself that it be not absolute.⁵³

According to Laws, the only way that these fundamental rights can be secured is through the acknowledgement of a “higher-order law” that cannot be reversed by a simple majority in Parliament.⁵⁴ Such higher-order laws secure the fundamental rights of citizen from interference by the government, including those rights necessary to protect democracy itself:

Ultimate sovereignty rests, in every civilized constitution, not with those who wield governmental power, but in the conditions under which they are permitted to do so. The constitution, not the Parliament, is in this sense sovereign. In Britain these conditions should now be recognised as consisting in a framework of fundamental principles which include the imperative of democracy itself and those other rights, prime among them freedom of thought and expression, which cannot be denied save by a plea of guilty to totalitarianism.⁵⁵

Laws acknowledges that the existing jurisprudence has not traditionally supported his view that legislative authority can be limited by judicial review in England. However, he argues that public law jurisdiction should not, and probably will not, remain static. Rather, he notes that the legal distribution of power consists of a “dynamic settlement” between different arms of government: “The settlement is dynamic because, as our long history shows, it can change; and in the last three hundred years has done so without revolution.”⁵⁶

*264 B. Sir Stephen Sedley

Sir Stephen Sedley has also joined the chorus for greater judicial oversight.⁵⁷ Sedley argues that Dicey's notion of a supreme Parliament whose will could not be challenged is no longer valid. Instead, he suggests the existence of a “bi-polar sovereignty of the Crown in Parliament and the Crown in its courts, to each of which the Crown's ministers are answerable--politically to Parliament, legally to the courts.”⁵⁸ Contrary to Laws, Sedley does not suggest

that Parliament can be subjected to higher-order laws. Rather, he emphasizes that the rights valued by any given society as fundamental are always temporary, local and contextual. He thus cautions against treating any rights as universal or absolute and notes that courts are sometimes responsible for illiberal decisions. Nonetheless, it is the courts' role to uphold those rights which society holds as fundamental: “if in our own society the rule of law is to mean much, it must at least mean that it is the obligation of the courts to articulate and uphold the ground rules of ethical social existence which we dignify as fundamental human rights, temporary and local though they are in the grand scheme of things.”⁵⁹

C. Paul Craig

Paul Craig is perhaps the author most associated with the common law critique of the *ultra vires* doctrine. Common law critics of the traditional view argue that heads of judicial review are a common law creation and that resort to the notion of parliamentary intent is neither necessary nor desirable.⁶⁰ Craig has also questioned the legitimacy of the absolute model of parliamentary sovereignty.⁶¹ Craig argues that modern proponents of parliamentary sovereignty have failed to provide a normative justification for parliamentary sovereignty and have instead relied unquestioningly on the work of Dicey and Blackstone, without recognizing the context in which those constitutional theorists wrote about parliamentary sovereignty.

***265** According to Craig, Dicey advocated parliamentary sovereignty in the context of a self-correcting parliament which would prevent the executive from acting contrary to the interests of the electors. In Craig's view, “our system of democracy probably never operated in this self-correcting way, and ... this vision of the relationship between electors, Parliament and the executive certainly does not accord with present reality.”⁶² Similarly, Blackstone advocated parliamentary sovereignty only within the context of a balanced constitutionalism which, according to Craig, did not exist in Blackstone's day and certainly does not exist in this era of executive dominance of the parliamentary system.⁶³

Craig acknowledges that the existing English jurisprudence has not historically supported a strong judicial challenge to the notion of parliamentary sovereignty, although he suggests that the law might develop in this way.⁶⁴ Craig contends that the notion of parliamentary sovereignty can survive only if an adequate normative justification for this power can be provided. In Craig's view, this “opens the way for legal argument about whether a legally untrammeled Parliament is justified in the present day. There are stimulating contributions to both sides of this debate These should be regarded as firmly within the mainstream of legal argument about sovereignty which continues a discourse dating back over three hundred years.”⁶⁵

D. Trevor Allan

Finally, Trevor Allan has argued that the traditional notion of parliamentary sovereignty, which holds that the principle endows Parliament with virtually limitless power, has never been an accurate description of the British constitutional order.⁶⁶ In particular, Allan argues that proponents of the *ultra vires* approach have misconstrued Dicey's theory of British constitutionalism. He argues that Dicey perceived parliamentary supremacy as only one of the pillars of the Constitution. The other pillar, *266 which is just as important, is the rule of law. Allan complains that not enough attention has been paid to this second pillar of constitutional law, allowing the notion of parliamentary sovereignty to expand beyond its intended reach.⁶⁷

Allan's work has emphasized the importance of judicial interpretation of statutes as a means to ensure that the rule of law is abided.⁶⁸ In Allan's view, the intentions of Parliament and the rule of law must both be respected. This is usually possible because legislation necessarily deals with general guidelines which can always be interpreted so as to ensure the rule of law is respected in specific instances. Thus, Allan advocates a qualified notion of parliamentary sovereignty that coexists with a qualified doctrine of *ultra vires* in which legislative intention, properly understood, remains important but where it is possible for the courts to reject breaches of the rule of law. This leads Allan to characterize sovereignty as bipolar, shared between Parliament and the courts.⁶⁹

The limitation of parliamentary sovereignty is not a rejection of British constitutional tradition, according to Allan, but rather a necessary part of the evolution of British constitutional theory. As such, limits on parliamentary sovereignty do not portend the revolutionary imposition of foreign legal principles on the common law Constitution of England, but rather constitute a natural outgrowth of a maturing constitutional democracy.⁷⁰

Allan argues that absolute parliamentary sovereignty, in addition to being inconsistent with British constitutionalism, is not compatible with democratic principles:

It would clearly be absurd to permit a Parliament whose sovereign law-making power was justified on democratic grounds to exercise that power to destroy democracy, as by removing the vote from sections of society or abolishing elections. Moreover, an appropriately sophisticated conception of democracy will be likely to recognise the existence of certain basic individual rights, whose importance to the fundamental idea of citizenship in a free society, governed

in accordance with the rule of law, will properly place them beyond serious legislative encroachment.⁷¹

*267 Allan, Laws, Sedley and Craig represent an important challenge to the traditional conception of parliamentary sovereignty in Great Britain. Admittedly, scholars and judges who fit within this broad critical approach differ on important questions such as the importance of parliamentary intention and whether fundamental rights are universal or contextual. However, these tensions within the British critique of parliamentary sovereignty need not be completely resolved for the purposes of this article. At present, it is sufficient to note that the critics of the *ultra vires* approach all share the common view that the courts have an important role to play in protecting fundamental values, particularly those necessary to sustain the democratic process. As a result, they share the view that the courts may impose limits on parliamentary sovereignty where Parliament seeks to undermine the democratic process. In short, they all advocate that the courts may step in to prevent legislators from imposing despotic measures that would render legislative power unaccountable.

It is worth noting that British jurisprudence may be evolving as predicted by Laws and Craig. In *R. (Jackson) v. Attorney General*⁷² three members of the British House of Lords directly raised the possibility that there may be limits imposed on parliamentary sovereignty in *obiter* comments in their reasons for decision. The *Jackson* case concerned the validity of the *Hunting Act, 2004* which restricted the use of dogs for hunting. The *Hunting Act* was passed into law without the assent of the House of Lords. This was possible as a result of provisions in the *Parliament Act, 1949* (which amended the *Parliament Act, 1911*) that allow a bill to receive royal assent and become legislation if the House of Lords refused to consent to the bill over the course of two successive sessions of Parliament during a period of one year. In effect, the *Parliament Act, 1911* and the *Parliament Act, 1949* legislatively circumscribed the power of the House of Lords within the parliamentary process by restricting the capacity of the House of Lords to delay the passing of legislation.

The primary issue to be determined on the appeal of the *Jackson* case was whether Parliament itself had the authority to make such a change to the role of the House of Lords. The Appeal Committee of the House of Lords determined, unanimously, that the *Parliament Acts* were valid and that the *Hunting Act, 2004* that had been enacted using the revised procedure established by the *Parliament Acts* was also valid.

*268 While much of the commentary of the Law Lords in this case focused on the importance of parliamentary sovereignty as a foundation of the British constitutional order, three of the Law Lords (Lord Hope, Lord Steyn and Baroness Hale) considered the possibility that the courts might impose limits on Parliament in some circumstances. Lord Hope started his reasons by noting that the concept of absolute parliamentary sovereignty has been eroded gradually in Britain, and baldly stated, “parliamentary sovereignty is no

longer, if it ever was absolute It is no longer right to say that its freedom to legislate admits of no qualification whatever.”⁷³ Lord Hope acknowledged that most of these qualifications of parliamentary sovereignty were the product of enactments of Parliament; however, he also stated that “[t]he rule of law enforced by the courts is the ultimate controlling factor on which our constitution is based.”⁷⁴

Lord Steyn and Baroness Hale also raised the possibility of imposing limits on parliamentary sovereignty, particularly where Parliament attempted to interfere with the role of the courts. Lord Steyn recognized the ways in which limits on the sovereignty of Parliament had been imposed through the *European Convention of Human Rights* and the *Human Rights Act, 1988*. As such, he found that “[t]he classic account given by Dicey of the doctrine of the supremacy of Parliament, pure and absolute as it was, can now be seen to be out of place in the modern United Kingdom.”⁷⁵ He went on to note that the “judges created this principle”⁷⁶ of parliamentary sovereignty and that “circumstances could arise where the courts may have to qualify”⁷⁷ the principle. Lord Steyn described one such circumstance as follows:

In exceptional circumstances involving an attempt to abolish judicial review or the ordinary role of the courts, the Appellate Committee of the House of Lords or a new Supreme Court may have to consider whether this is [sic] constitutional fundamental which even a sovereign Parliament acting at the behest of a complaisant House of Commons cannot abolish.⁷⁸

Baroness Hale agreed that the courts might intervene where Parliament attempted to restrict the authority of judges. Thus, although she noted the fundamental status of the principle of parliamentary sovereignty and the fact that the principle “means that Parliament can do anything”⁷⁹ she also stated that “[t]he courts will treat with particular suspicion (and might even reject) any attempt to subvert the rule of law by removing governmental action affecting the rights of the individual from all judicial scrutiny.”⁸⁰ Thus, while Baroness Hale indicated that the constraints on *269 Parliament are, in general, “political and diplomatic rather than constitutional,” the general rule appears to allow for exceptions, particularly in the face of despotic measures aimed at insulating the legislature or government from any oversight.

The above *obiter* comments of three Law Lords in the *Jackson* case have fuelled the academic debate concerning the potential limits of parliamentary sovereignty. Some commentators have argued that the comments in *Jackson* portend the formal recognition of judicially imposed restrictions on parliamentary sovereignty in Britain.⁸¹ At the same time, supporters of the traditional conception of parliamentary sovereignty have argued that the case has not succeeded in displacing the dominant position of the principle in the British constitutional order.⁸² From the Canadian perspective it is particularly interesting to note that Lord Hope,

Lord Steyn and Baroness Hale each recognized the fundamental nature of the principle of parliamentary sovereignty while also acknowledging that the scope of parliamentary sovereignty could be limited by the courts in exceptional circumstances. In so doing, these Law Lords reflected the primary assumptions of common law constitutionalism.

In the next section, I will consider how the British debate concerning the legitimacy of judicial review, and specifically the common law approach, may also assist us in understanding the Supreme Court's recent decisions concerning the application of unwritten constitutional principles as free-standing limits on legislation.

IV. THE PRINCIPLE OF PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY: THE SUPREME COURT'S APPROACH

The Supreme Court has discussed the normative scope of unwritten constitutional principles in a number of decisions over the past decade. While the Court's most recent decisions appear to have taken a more restrictive approach to the application of these principles than might have been suspected after the *Quebec Secession Reference*, a close review of the cases indicates that the Court's consideration of the application of unwritten constitutional principles has been embedded within a common law approach to judicial review. This common law approach provides a foundation for limitations on parliamentary sovereignty, and more specifically legislation, in certain circumstances.

***270 A. Babcock v. Canada (Attorney General)**

*Babcock*⁸³ was one of the Supreme Court's first major cases concerning the application of unwritten constitutional principles to legislation after the *Quebec Secession Reference*. Like *Singh*, the *Babcock* case concerned Cabinet secrets and specifically the constitutional validity of section 39(1) of the *Canada Evidence Act*. The case arose when staff lawyers of the Vancouver office of the federal Department of Justice (“Vancouver DOJ lawyers”) sued the federal Crown for breach of contract and breach of fiduciary duty after the Department of Justice decided to raise the pay of lawyers in the Toronto office but not that of lawyers in other offices around the country. The case found its way to the Supreme Court primarily as the result of the decision of the federal government to invoke a certificate of the Clerk of the Privy Council, pursuant to section 39(1) of the *Canada Evidence Act*, to resist the disclosure of a number of documents it claimed contained Cabinet secrets.⁸⁴

At the Supreme Court, the Vancouver DOJ lawyers argued that section 39 was *ultra vires* Parliament as a result of the application of the unwritten constitutional principles of the rule of law, the independence of the judiciary and the separation of powers. The Supreme Court rejected the arguments advanced by the Vancouver DOJ lawyers and allowed the appeal.

The majority reasons were written by Chief Justice McLachlin.⁸⁵ Although the Chief Justice acknowledged that “unwritten constitutional principles are capable of limiting government actions” she concluded that “they do not do so in this case.”⁸⁶ According to the Chief Justice, the “unwritten principles must be balanced against the principle of parliamentary sovereignty.”⁸⁷ In her view, the principle of parliamentary sovereignty carried greater weight in this case.

*271 At the outset of her reasons, the Chief Justice framed the issue in the case as one of a conflict between values:

Cabinet confidentiality is essential to good government. The right to pursue justice in the courts is also of primary importance in our society, as is the rule of law, accountability of the executive, and the principle that official actions must flow from statutory authority clearly granted and properly exercised. Yet sometimes these fundamental principles conflict. How are such conflicts to be resolved? This is the question posed by this appeal.⁸⁸

According to the Chief Justice, the key to resolving the conflict between values within the *Babcock* case lay simply in an understanding of the role of Cabinet confidentiality in Canada and the role of section 39 of the *Canada Evidence Act* in protecting Cabinet confidentiality. Chief Justice McLachlin's conclusion that section 39 should not be invalidated by the unwritten principles relied upon by the Vancouver DOJ lawyers was based primarily on the existence of the longstanding tradition of protecting Cabinet secrets in Canada.⁸⁹

In *Babcock*, Chief Justice McLachlin accepted the Federal Court of Appeal's reasoning in the *Singh* case, stating that Justice Strayer conducted a “thorough and compelling review of the principle of parliamentary sovereignty in the context of unwritten constitutional principles”⁹⁰ She concluded her analysis of the constitutionality of section 39, stating:

I share the view of the Federal Court of Appeal that s. 39 does not offend the rule of law or the doctrines of separation of powers and the independence of the judiciary. It is well within the power of the legislature to enact laws, even laws some would consider draconian, as long as it does not fundamentally alter or interfere with the relationship between the courts and the other branches of government.⁹¹

The principle of parliamentary sovereignty thus appears to have been allocated a place of privilege among constitutional principles by the Chief Justice. In this particular case, the

concept of parliamentary sovereignty was applied to protect a tradition of allowing the legislature to protect Cabinet secrets. However, there are two other important elements of the *Babcock* decision. First, Chief Justice McLachlin reaffirmed the fact that unwritten constitutional principles have normative force, stating unequivocally that “unwritten constitutional principles are capable of limiting government *272 actions”⁹² Indeed, she went so far as to suggest that there may be situations where legislation may be limited by unwritten constitutional principles. According to the Chief Justice, the type of legislation that might be vulnerable to limitation by unwritten constitutional principles is that which “fundamentally alter[s] or interfere[s] with the relationship between the courts and the other branches of government.”⁹³

The Supreme Court's approach in the *Babcock* case is similar to the approach adopted by the Saskatchewan Court of Appeal in *Bacon* and the Federal Court of Appeal in *Singh*. The decisions in all three cases found that the principle of parliamentary sovereignty outweighed the operation of other constitutional principles in the particular circumstances. However, the possibility of a limitation on the principle of parliamentary sovereignty is recognized in each case. This acknowledgement that there are certain circumstances that might justify judicial intervention to restrict parliamentary sovereignty and limit legislation through the application of unwritten constitutional principles is a reflection of the common law approach to the application of unwritten constitutional principles. Indeed, the comments of Chief Justice McLachlin in *Babcock* are strikingly similar to the later comments of Lord Steyn and Baroness Hale in *Jackson*. Recall, in particular, that Lord Steyn suggested the possibility of judicial intervention in “exceptional circumstances involving an attempt to abolish judicial review or the ordinary role of the courts.”⁹⁴

In light of the fact that the *Babcock* case dealt specifically with the issue of judges reviewing documents alleged to contain Cabinet secrets, it is not surprising that the Chief Justice confined her remarks concerning possible limits on parliamentary sovereignty to the structural relationship between the courts and other branches of government in that case. However, applying the same logic, it is arguable that the notion of a fundamental alteration or interference with an aspect of the democratic process in this country would also necessitate some limitation of the principle of parliamentary sovereignty. We shall see below that the Supreme Court's most recent discussions of the role of unwritten principles, though generally suggesting restrictions on the application of unwritten principles as independent limits on legislative authority, also provide an indication of why such limitations on parliamentary sovereignty may be necessary in some circumstances.

*273 B. *Imperial Tobacco and Charkaoui*

The scope of the application of unwritten constitutional principles was once again addressed by the Supreme Court in *Imperial Tobacco*.⁹⁵ In *Imperial Tobacco*, the Supreme Court upheld the constitutionality of provincial legislation that established a cause of action (including specific procedural rules) that would facilitate legal claims launched by the government of British Columbia against tobacco manufacturers for recovery of health care costs linked to cigarette smoking.⁹⁶ The new rules allowed the government to bring direct, retroactive claims against the tobacco manufacturers, to rely on aggregate data to support its claims and shifted the burden of proof onto the manufacturers to show that exposure to cigarettes was not caused by the manufacturer and that exposure to cigarettes did not give rise to disease in the population as claimed by the government.⁹⁷ Justice Major, writing for the Court, rejected the tobacco manufacturers' arguments that the particular rules implemented by the provincial legislation to govern lawsuits against them were unconstitutional as invalidating the rule of law principle. He did so for several reasons. First, he rejected the notion that the rule of law principle, as articulated by the Supreme Court, could be applied to invalidate legislation based on its content.⁹⁸ Justice Major also doubted whether unwritten principles in general could be used to invalidate legislation. Thus, while he admitted that the rule of law principle had normative force, he suggested that that normative force was likely limited to restricting the action of the executive and the judiciary as opposed to the legislature.⁹⁹

Justice Major went on to note that the application of the rule of law principle suggested by the tobacco manufacturers would undermine the legitimacy of judicial review for two reasons. First, he noted that many of the substantive elements of the rule of law principle that were proposed by the tobacco manufacturers were broader versions of rights contained in the *Charter*.¹⁰⁰ As such, to give effect to these substantive *274 elements as part of the rule of law principle would undermine the existing written provisions of the Constitution, rendering those written provisions effectively redundant. Second, Justice Major found that application of the rule of law principle as argued by the tobacco manufacturers would undermine the principles of democracy and constitutionalism, since those principles “very strongly favour upholding the validity of legislation that conforms to the express terms of the Constitution (and to the requirements, such as judicial independence, that flow by necessary implication from those terms).”¹⁰¹ Justice Major went on to note that “the appellants' arguments ... fail to recognize that in a constitutional democracy such as ours, protection from legislation that some might view as unjust or unfair properly lies not in the amorphous underlying principles of our Constitution, but in its text and the ballot box.”¹⁰²

At this point, it is important to note an apparent contradiction in Justice Major's reasoning. On the one hand, Justice Major argued that the Court should not give independent effect to unwritten principles, such as the rule of law, that support broader versions of

existing rights. On the other hand, Justice Major implied that legislation should conform with the requirements that flow by “necessary implication”¹⁰³ from the written terms of the Constitution, such as judicial independence. However, it must be recalled that the majority judgment of the Supreme Court in the *Provincial Judges' Reference* extended the constitutional protection accorded by the principle of judicial independence beyond the scope of the explicit provisions of the Constitution to include provincial judges operating outside of criminal law settings. The Supreme Court did not regard this broader version of the rights included in the *Charter* to undermine the existing provisions of the *Charter* in the *Provincial Judges' Reference*. Instead, the extension of the existing rights was seen as supplementing, rather than *275 undermining, the protection of judicial independence that was reflected in the explicit text of the *Constitution Act, 1867* and the *Constitution Act, 1982*.¹⁰⁴

In the more recent case of *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, the Supreme Court acknowledged that Justice Major's discussion of the application of the rule of law principle in *Imperial Tobacco* “leaves room for exceptions.”¹⁰⁵ Moreover, despite his near categorical rejection of the power of unwritten principles to invalidate legislation in *Imperial Tobacco*, Justice Major, like Chief Justice McLachlin in the *Babcock* case, noted that legislation may be found to be unconstitutional where it substantially interferes with judicial independence:

None of this is to say that legislation, being law, can never unconstitutionally interfere with courts' adjudicative role. But more is required than an allegation that the content of the legislation required to be applied by that adjudicative role is irrational or unfair, or prescribes rules different from those developed at common law. The legislation must interfere, or be reasonably seen to interfere, with the courts' adjudicative role, or with the essential conditions of judicial independence. As McLachlin C.J. stated in *Babcock*, at para. 57:

It is well within the power of the legislature to enact laws, even laws which some would consider draconian, as long as it does not fundamentally alter or interfere with the relationship between the courts and the other branches of government.¹⁰⁶

The decision in *Imperial Tobacco*, like the decision in *Babcock*, thus leaves open the possibility that legislation might be found to be unconstitutional for violating an unwritten constitutional principle. In both *Babcock* and *Imperial Tobacco*, the Supreme Court focused on the potential danger of legislative interference with the relationship between courts and legislatures. But this begs the question why fundamental *276 interferences with the democratic process should not receive the same type of treatment as fundamental interferences with the relationship between the courts and other branches of government.

Certainly, it would be difficult to argue that the protection of the judicial process arises by necessary implication from the express terms of the Constitution while protection of the democratic process does not. Textual anchors for the protection of the democratic process include sections 3, 4 and 5 of the *Charter*¹⁰⁷ and sections 17 and 50 of the *Constitution Act, 1867*.¹⁰⁸ Similarly, it would be difficult to sustain an argument that protection of the democratic process must be rooted exclusively in the process itself. Surely, the argument advanced by Justice Major--that protection against arbitrary legislation is found in the ballot box--rings hollow if the results of the ballot box are not representative of the preferences of the electorate.

In my view, the conception of the principle of parliamentary sovereignty articulated by the Supreme Court itself generates an imperative for protection against interferences with the democratic process. In particular, if the ultimate protection against arbitrary legislation is the ballot box, the ballot box itself must be protected. In this approach, it is this representative function of Parliament, and the correlated power of the people to hold Parliament (and through it, the government) accountable, that justify Parliament's claim to authority.¹⁰⁹

Another way to frame this is to suggest that the principle of parliamentary sovereignty must be balanced against the principle of democracy. Of course, the substantive contents of the democratic principle are themselves contested. At its foundation, however, is the notion that members of the government are elected as representatives of the people. In Canada, there is also general recognition that the core values that are meant to be protected through our representative democratic process and institutions include political participation and accountability.¹¹⁰ It would be counter-intuitive to apply the principle of parliamentary sovereignty to limit participation of citizens in the political process or, alternatively, to limit the capacity of *277 citizens to hold elected representatives and government officials accountable. It follows that an assertion of parliamentary sovereignty, rooted in the representative function of our democratic institutions, may be limited where the assertion of that sovereignty would undermine the very source of its legitimacy. In other words, the principle of democracy may be applied to limit attempts to undermine the democratic process. In my view, it may even be used to invalidate legislation that substantially interferes with the democratic process.

To date, the Supreme Court has not offered any plausible justification for elevating the principle of judicial independence over other important constitutional principles such as the principle of democracy. As such, it is unclear how the Court could justify applying unwritten constitutional principles to invalidate legislation that imposed substantial interferences on the adjudicative role of the courts while refusing to apply unwritten principles to invalidate legislation that imposed substantial interferences on the representative role of the legislature. Indeed, the motivation behind enforcing the principle of judicial independence and the

principle of democracy in either situation is fundamentally the same, namely preventing the government from using its control of the legislature to undermine the limits on its own power. In the case of the principle of judicial independence, the government and the legislature should be restricted from interfering with the ability of the judiciary to act as an independent arbiter of the exercise of government or legislative power. With respect to the principle of democracy, the government and the legislature should be restricted from interfering with the representative function of the legislature, including its role in promoting the capacity of citizens to participate in the political process and to hold their representatives (and through them the government) accountable.

A review of *Babcock*, *Imperial Tobacco* and *Charkaoui* thus suggests that, while the Supreme Court has sought to limit the potential application of unwritten constitutional principles as mechanisms for invalidating legislation, it has left open the possibility that certain principles may be used to invalidate legislation in some circumstances. This is consistent with the common law approach to judicial review in so far as it recognizes that there must be some limitation on the scope of parliamentary supremacy. While the Supreme Court has thus far focused exclusively on the capacity of the principle of judicial independence to invalidate legislation where it substantially interferes with the adjudicative role of the courts, it has offered no principled reason why the principle of democracy could not also be used to invalidate legislation that imposed substantial interference with the democratic process.

***278 V. THE PRINCIPLE OF DEMOCRACY AND THE LIMITS OF PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY**

The notion that parliamentary sovereignty may be attenuated where the exercise of parliamentary power would threaten the very foundations of our democratic order is supported by a number of Supreme Court cases. It finds some of its earliest roots in the Implied Bill of Rights cases, particularly the *Alberta Press* case. It has also been reinforced in several cases following the entrenchment of the *Charter*.

A. Reference re Alberta Legislation¹¹¹

The *Alberta Press* case was the first case to raise the possibility that a right of political speech could be inferred from the *Constitution Act, 1867*.¹¹² The case involved a reference from the Alberta government that asked the Supreme Court to pronounce on the validity of three provincial bills introduced by Alberta's provincial government in order to implement a system of social credit in the province.¹¹³

During the course of his decision, Chief Justice Duff considered whether the provincial power to regulate newspapers might be limited in light of the importance of freedom of expression to the democratic process. He stated:

Some degree of regulation of newspapers everybody would concede to the Provinces. Indeed, there is a very wide field in which the Provinces undoubtedly are invested with legislative authority over newspapers; but the limit, in our opinion, is reached when the legislation effects such a curtailment of the exercise of the right of public discussion as substantially to interfere with the working of the parliamentary institutions of Canada as contemplated by the provisions of the *B.N.A. Act* and the statutes of the Dominion of Canada.¹¹⁴

These *obiter* comments were relied upon by judges of the Supreme Court in a number of subsequent pre-*Charter* cases and became the foundation for an argument that the Constitution mandated limits on legislation that would substantially interfere *279 with the parliamentary process in Canada.¹¹⁵ This line of reasoning was taken the furthest by Justice Abbott in concurring reasons in *Switzman v. Elbling*, where he argued that the efficacy of Parliament was so dependent on public debate of important issues that no level of government could “abrogate [the] right of discussion and debate.”¹¹⁶

B. *O.P.S.E.U. v. Ontario (Attorney General)*

Claims that limits on parliamentary sovereignty could be inferred from the nature of our constitutional order, particularly the parliamentary system it was established to protect, continued after the entrenchment of the *Charter* in cases such as *O.P.S.E.U. v. Ontario (Attorney General)*.¹¹⁷ *O.P.S.E.U.* involved a challenge to several sections of Ontario's *Public Service Act*¹¹⁸ on the grounds that they were *ultra vires* the Ontario government. The impugned provisions prohibited civil servants from participating in particular political activities such as running for election to Parliament and canvassing or soliciting funds on behalf of political parties.¹¹⁹

In addition to division of powers arguments, the appellants sought to impugn the legislation on the basis of *Charter* grounds. However, the Supreme Court refused to hear the *Charter* arguments. In the alternative, the appellants advanced an argument that the legislation violated fundamental rights to participate in certain political activities. In the course of examining this argument in his reasons, Justice Beetz accepted the basic premise that there are fundamental rights that may be inferred from the Constitution, independent of the *Charter*. Justice Beetz stated:

Perhaps the appellants' strongest argument was the one based on the existence in Canada of certain fundamental rights to participate in certain political

activities. For this argument, they relied on such cases as *Reference re Alberta Legislation* and *Switzman v. Elbling*.

There is no doubt in my mind that the basic structure of our Constitution as established by the *Constitution Act, 1867* contemplates the existence of certain political institutions, including freely elected legislative bodies at the federal and provincial levels. In the words *280 of Duff C.J.C. in *Reference re Alberta Legislation* at p. 107 D.L.R., p. 133 S.C.R., “such institutions derive their efficacy from the free public discussion of affairs ...” and, in those of Abbott J. in *Switzman v. Elbling* at p. 371 D.L.R., p. 328 S.C.R., neither a provincial legislature nor Parliament itself can “abrogate this right of discussion and debate.” Speaking more generally, I hold that neither Parliament nor the provincial legislatures may enact legislation the effect of which would be to substantially interfere with the operation of this basic constitutional structure.¹²⁰

Justice Beetz thus found, in *obiter*, that the basic constitutional structure, which includes freely elected legislatures functioning in an environment of free discussion of political issues, must be protected from substantial interference. His comments concerning the inability of either Parliament or the provincial legislatures to substantially interfere with the operation of a basic constitutional structure supporting political participation are strikingly similar to the comments made by Sir John Laws, noted earlier.

Interestingly, in his minority opinion, Chief Justice Dickson also discussed the existence of constitutional principles. He noted that several decisions of the Supreme Court “manifest a clear recognition that freedom of speech and expression is a fundamental animating value in the Canadian constitutional system.”¹²¹ However, Chief Justice Dickson was quick to point out that no one constitutional principle should be held as the ultimate constitutional principle. Different constitutional principles may come into conflict with each other and must each be accorded appropriate respect. He stated:

It must not be forgotten, however, that no single value, no matter how exalted, can bear the full burden of upholding a democratic system of government. Underlying our constitutional system are a number of important values, all of which help to guarantee our liberties, but in ways which may sometimes conflict. It is for that reason that the passage in *Fraser* upon which the appellants rely so heavily is followed immediately by these words, at p. 128 D.L.R., p. 463 S.C.R.:

But [freedom of speech] is not an absolute value. Probably no values are absolute. All important values must be qualified, and balanced against,

other important, and often competing values. This process of definition, qualification and balancing is as much required with respect to the value of “freedom of speech” as it is for other values.¹²²

Chief Justice Dickson's warning applies as readily to the principle of parliamentary sovereignty as it does to the principle of freedom of expression. Neither *281 principle may be taken as absolute, but rather each must be understood in light of the other and in light of its role in promoting the democratic system of governance that is the ultimate foundation of the Canadian Constitution. This balancing process is required under the Supreme Court's approach to the application of unwritten constitutional principles.¹²³

C. Reference Cases

O.P.S.E.U. was not the only case in which members of the Supreme Court have favourably commented on the limitations on parliamentary sovereignty suggested by the Implied Bill of Rights approach. In the *Provincial Judges Reference*, Chief Justice Lamer noted the approach adopted in the Implied Bill of Rights cases and pointed out that the approach was based on the recognition that the Court could prescribe limits on government's ability to “undermine the mechanisms of political accountability.”¹²⁴

Similarly, in the *Patriation Reference*, Justices Martland and Ritchie noted that, at times, the Supreme Court has had to consider issues for which the text of the Constitution provided no answer. In such situations, they found, the Court “denied the assertion of any power which would offend against the basic principles of the Constitution.”¹²⁵ Justices Martland and Ritchie themselves relied on the approach adopted by Chief Justice Duff in *Alberta Press Reference*. This approach held that “the powers requisite for the protection of the constitution itself arise by necessary implication from the B.N.A. Act as a whole”¹²⁶ Justices Martland and Ritchie noted that the approach adopted by Chief Justice Duff in the *Alberta Press* case was an example of “judicially developed legal principles and doctrines” that had been “accorded full legal force in the sense of being employed to strike down legislative enactments.”¹²⁷ In the *Quebec Secession Reference*, the Supreme Court endorsed this view that such legal principles, derived from the basic structure of the Constitution, may have full legal force.¹²⁸

*282 The recognition that the courts have the power to restrict the government from interfering with the basic democratic structures established by the Constitution is also consistent with the approach to *Charter* interpretation advocated in the Chief Justice's majority reasons in *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*.¹²⁹ In considering whether denying the vote to prisoners serving sentences of two years or more violated the right to vote protected by section 3 of the *Charter*, Chief Justice McLachlin emphasized the fundamental

importance of the right to vote to the democratic framework established by the Constitution. She went on to underline the importance of judicial protection of such fundamental aspects of the democratic framework:

The *Charter* charges courts with upholding and maintaining an inclusive, participatory democratic framework within which citizens can explore and pursue different conceptions of the good. While a posture of judicial deference to legislative decisions about social policy may be appropriate in some cases, the legislation at issue does not fall into this category. To the contrary, it is precisely when legislative choices threaten to undermine the foundations of the participatory democracy guaranteed by the *Charter* that courts must be vigilant in fulfilling their constitutional duty to protect the integrity of this system.¹³⁰

The above cases suggest that parliamentary sovereignty may be limited where legislation threatens fundamental elements of the democratic process. The mechanisms of political participation and democratic accountability are basic structures of the Constitution, which the courts must vigilantly protect. Fundamental interferences with these basic structures must be rejected by the judiciary; this is not a matter of judicial discretion, but rather is a duty imposed on judges by the Constitution. Chief Justice McLachlin's reasons in *Sauvé* focus on the duty imposed on courts by the *Charter*. However, the passages cited above from *O.P.S.E.U.*, the *Patriation Reference*, the *Provincial Judges Reference*, and the *Quebec Secession Reference* emphasize the fact that the important institutional role the courts must play in ensuring that legislatures do not undermine the very source of their legitimacy is one that extends beyond protecting the rights explicitly set out in the *Charter*.

Admittedly, in Canada, much of the protection of the democratic process may be achieved through the application of written provisions of the Constitution, particularly, sections 2 to 5 of the *Charter*. As such, the need to rely on the principle of democracy as an independent limitation on legislative interferences with the democratic process is likely to be rare. However, there are areas where the democratic process may remain vulnerable to attack. One example is the absence of explicit constitutional *283 protection for access to government information, which is widely regarded as crucial for meaningful participation in the democratic process. To date, the right to vote protected by section 3 of the *Charter* has not been applied by the Supreme Court to protect access to government information. However, it would be inconceivable for a representative democracy to function effectively if access to government information was completely eliminated or even significantly constrained.¹³¹ For example, it is difficult to see how voters could make meaningful choices when selecting their political representatives unless they have access to sufficient information about both the different candidates (and their parties) and about the conduct of the government.

I have argued elsewhere that the scope of section 3 of the *Charter* should be interpreted to protect access to government information necessary to ensure that voters can make informed choices in the electoral process.¹³² Such an extension of the scope of section 3 beyond the limits of its historical application would use the principle of democracy to build on the Supreme Court's existing jurisprudence and its identification of the role of section 3 in ensuring meaningful democratic participation.¹³³ Yet even the extension of section 3 to protect access to government information necessary to ensure that citizens can make informed electoral decisions may leave access to government information unprotected in many instances, particularly if the protection of section 3 is limited to protecting access in electoral contexts alone.

Access to government information is also essential to ensure that the elected representatives are able to effectively hold the government to account between elections. The notion of responsible government becomes meaningless if the members of the legislature do not have access to sufficient information to judge whether they continue to have confidence in the cabinet and prime minister. The imperative of access to government information extends beyond information necessary to inform the votes of citizens to information necessary for the proper functioning of other mechanisms of accountability including the day-to-day parliamentary process and parliamentary committees. It also extends to other mechanisms of accountability including the work of Officers of Parliament and commissions of inquiry.

***284** There are numerous legislative restrictions that may be relied upon by government to impede access to information deemed necessary to hold government to account outside of the electoral process.¹³⁴ While most existing legislative restrictions on access would likely survive constitutional scrutiny, the far greater concern is that more severe restrictions on access may be imposed in the future.¹³⁵ It is not at all certain that section 3 of the *Charter* will be applied by the courts to protect against such restrictions on access to information in non-electoral contexts, although I have argued that it should. Similarly, the protection of access to information through section 2(b) of the *Charter* remains uncertain, although the Supreme Court's recent decision in *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association* suggests the Court may protect access to information as a derivative right under section 2(b) in limited circumstances.¹³⁶ Again, while I have argued that section 2(b) *should* be interpreted to protect access to government information, the limits of the existing jurisprudence must be accounted for.

The limits suggested by existing *Charter* jurisprudence highlight the access gap in the explicit terms of the Constitution. If section 3 is restricted to protect only the meaningfulness of political participation through the formal electoral process and section 2(b) is narrowly applied to protect against government restrictions on expression, then legislative restrictions

on access to government information will escape *Charter* scrutiny in many contexts. By contrast, the approach advocated in this *285 article recognizes that the protection of the democratic process extends beyond the strict application of the written provisions of the Constitution. As such, it provides that, even if the explicit provisions of the *Charter* do not protect access to the information necessary for the democratic process to function effectively, the principle of democracy may stand ready to do so.

VI. CONCLUSION

The Supreme Court's renewed interest in unwritten constitutional principles has highlighted the continued relevance of the principle of parliamentary sovereignty within our constitutional framework. Undoubtedly, the principle had lost much of its impact after the entrenchment of the *Constitution Act, 1982*, complete with a *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and a clause declaring the Constitution to be the supreme law of Canada.¹³⁷ However, claims that unwritten constitutional principles might be applied to limit legislation have inspired judges to explicitly explore the ways in which the principle of parliamentary sovereignty continues to operate in areas of jurisdiction not included within the ambit of the *Charter*. In many cases, Canadian judges have relied on the application of the principle of parliamentary sovereignty to reject claims to limit legislation through the application of other unwritten constitutional principles. These cases may seem, at first reading, to restrict the normative scope of unwritten constitutional principles as independent limits on legislation. However, in my view the application of the principle of parliamentary sovereignty in these cases should be understood in the broader context of what may be called a common law approach to the role of unwritten principles in constitutional interpretation.

This common law approach, which has been nurtured in Great Britain but is by no means limited to the British context, includes two important components. First, the common law approach holds that courts play an important role in identifying and applying fundamental principles within the constitutional framework. Second, the common law approach appreciates the importance of the principle of parliamentary sovereignty while also recognizing the need to protect other fundamental principles, including those that protect the democratic process. As such, the common law approach rejects an absolute conception of parliamentary sovereignty on the basis that such an absolute conception is inconsistent with modern conceptions of democratic governance.

*286 Canadian courts have engaged this common law approach when considering the application of unwritten constitutional principles. Thus, while emphasizing the continued importance of the principle of parliamentary sovereignty, Canadian judges have acknowledged that judges might recognize limits on parliamentary sovereignty. Although Canadian courts have not expressly articulated such limitations on parliamentary sovereignty in recent cases, the need to protect the fundamental principles that support the democratic

process has been expressed in a number of cases decided by the Supreme Court. In addition, the Supreme Court's articulation of the principle of parliamentary sovereignty is explicitly linked to the importance of legislatures as representative institutions within the democratic process. As such, the strength and legitimacy of the principle of parliamentary sovereignty, as it has been articulated by the Court, is ultimately bound to the capacity of legislatures to function effectively as part of the democratic process. Legislation that substantially interferes with the effectiveness of the democratic process may thereby undermine the legitimacy of the legislature itself. Such legislation should be subject to limitations imposed by judges applying the principle of democracy. In the vast majority of cases, this will be achieved through the application of explicit provisions of the *Charter*. However, in those rare cases where explicit constitutional provisions are not applicable, courts may also rely on the principle of democracy to restrict attempts by the government or legislature to substantially interfere with the democratic process. In the end, the principle of parliamentary sovereignty may continue to allow legislatures to enact draconian laws outside of the reach of the *Charter*, but it cannot be allowed to justify despotic ones.

Footnotes

a1 Vincent Kazmierski, B.A. (Jt. Hons.), M.A., LL.B., S.J.D., Assistant Professor, Department of Law, Carleton University. This article is based, in part, on my doctoral thesis. As such, the article benefitted from comments on my thesis from Lorraine Weinrib, Sujit Choudhry, Patrick Macklem, Ed Morgan and Mark Walters. This article, in particular, also benefitted from the comments of Rueban Balasubramaniam, David Elliott, Raymond MacCallum, Zoran Okloupic and the anonymous reviewers from the *Ottawa Law Review* and from the excellent research assistance provided by Benjamin Inkol. My thanks to you all.

1 *Babcock v. Canada (A. G.)*, [2002] 3 S.C.R. 3 at para. 57, 214 D.L.R. (4th) 193 at para. 57 [*Babcock* cited to S.C.R.].

2 *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, (*sub nom. Reference Re Public Sector Pay Reduction Act (P.E.I.)*, s.10), 150 D.L.R. (4th) 577 [*Provincial Judges Reference* cited to S.C.R.].

3 *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, 161 D.L.R. (4th) 385 [*Quebec Secession Reference* cited to S.C.R.].

4 See e.g. Jamie Cameron, “The Written Word and the Constitution’s Vital Unstated Assumptions” in Pierre Thibault, Benoît Pelletier & Louis Perret, eds. *Essays in Honour of Gérald-A. Beaudouin: The Challenges of Constitutionalism* (Cowansville, Qc.: Les Editions Yvon Blais Inc., 2002) 89; Sujit Choudhry & Robert Howse, “Constitutional Theory and The *Quebec Secession Reference*” (2000) 13:2 Can. J.L. & Jur. 143; Robin Elliot, “References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada’s Constitution” (2001) 80 Can. Bar Rev. 67; Jeffrey Goldsworthy, “The Preamble, Judicial Independence and Judicial Integrity” (2000) 11:2 Const. Forum Const. 60; Jean Leclair, “[Canada’s Unfathomable Unwritten Constitutional Principles](#)” (2002) 27 Queen’s L.J. 389; Warren J. Newman, “‘Grand Entrance Hall,’ Back Door or Foundation Stone? The Role of Constitutional Principles in Construing and Applying the Constitution of Canada” (2001) 14 Sup. Ct. L. Rev. (2d) 197 [Newman, “Grand Entrance Hall”]; Warren J. Newman, “Pushing the Edge of the Rule of Law Envelope in Constitutional Litigation,” (Presentation at Canadian Institute’s 2nd National Forum on “The Legal and Practical Guide to Constitutional Litigation in Civil Matters,” 17 June 2004 [unpublished] [Newman, “Pushing the Edge”]; Patrick J. Monahan, “The [Public Policy Role of the Supreme Court in the Secession Reference](#),” (1999) 11 N.J.C.L. 65.

5 Sujit Choudhry and Robert Howse constructed a model of the positivist perspective in their critique of the Supreme Court’s decision in the *Quebec Secession Reference*. This positivist perspective views the express provisions of the Constitution’s text as the source of constitutional norms in Canada; it places heavy reliance on judicial precedents; and it allows for amendment

only by express addition to the constitutional text. It regards the courts as the exclusive (and therefore supreme) interpreters of constitutional meaning. Finally, given that the positivist account regards the text as the primary legitimate source of constitutional norms, it rejects moral reasoning as an interpretive tool in most cases. In other words, the positivist account “defends the possibility of distinguishing the construction of constitutional provisions from moral reasoning writ-large.” See Choudhry & Howse, *ibid.* at 151-53, 164. See also Mark Carter, “The Rule of Law, Legal Rights in the *Charter*, and the Supreme Court’s New Positivism” (2008) 33:2 Queen’s L.J. 453. Writing more generally, David Dyzenhaus has identified various forms of positivism, distinguishing between legal, political and constitutional positivists. He notes that constitutional positivists “tend to see originalism, the idea that there is some original, factually determinable meaning of the constitution that is the judicial duty to transmit to legal subjects, as a way of disciplining judges in order to confine their activism and diminish their role in legal order.” David Dyzenhaus, “The Incoherence of Constitutional Positivism” in Grant Huscroft, ed., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (New York: Cambridge University Press, 2008) 138 at 138 [Dyzenhaus, “Incoherence”].

⁶ See e.g. *Wilder v. Ontario (Securities Commission)* (2000), 47 O.R. (3d) 361, 184 D.L.R. (4th) 165 (Ont. S.C.); *Giroux v. Ontario (Minister of Consumer and Business Services)* (2005), 75 O.R. (3d) 759, 199 O.A.C. 153 (Ont. S.C.); *Forum des maires de la Peninsule acadienne c. Canada (Agence canadienne de l’inspection des aliments)*, [2004] 4 F.C.R. 276, (2004) 243 D.L.R. (4th) 542 (C.A.); *Gigliotti v. Conseil d’administration du Collège des Grands Lacs* (2005), 76 O.R. (3d) 561, 200 O.A.C. 101 (Ont. S.C.); *Fédération Franco-Ténoise c. Canada (P.G.)*, 2006 NWTSC 20, [2006] N.W.T.J. No. 33 (QL), 150 A.C.W.S. (3d) 348; *Canadians for Language Fairness v. Ottawa (City)* (2006), 146 C.R.R. (2d) 268, 26 M.P.L.R. (4th) 163 (Ont. S.C.); *T.B. c. Québec (Ministre de l’Éducation)*, 2007 QCCA 1112, [2007] R.J.Q. 2150, J.Q. No. 9482 (QL); *H.N. c. Québec (Ministre de l’Éducation)*, 2007 QCCA 1111, [2007] R.J.Q. 2097, J.Q. No. 9410 (QL); *Kilrich Industries Ltd. v. Halotier*, 2007 YKCA 12, [2007] 246 B.C.A.C. 159, 161 C.R.R. (2d) 331.

⁷ See e.g. *Lalonde v. Ontario (Health Restructuring Commission)* (1999), 48 O.R. (3d) 50, 181 D.L.R. (4th) 263 (Ont. S.C.), aff’d (2001) 56 O.R. (3d) 505, 208 D.L.R. (4th) 577 (C.A.) (the failure to consider the principle of protection of minorities in the course of the exercise of administrative discretion results in the requirement that the decision be reconsidered with proper consideration of the impact of the principle); *Grushman v. Ottawa (City)* (2000), 29 Admin. L.R. (3d) 41, 15 M.P.L.R. (3d) 167 (Ont. S.C. (Div. Ct.)) See also *Gigliotti*, *supra* note 6 (decision of the Ontario Minister of Training, Colleges and Universities to close a particular college must consider the principle of respect for and protection of the linguistic minority. The decision met this standard.).

⁸ See e.g. *Johnson v. British Columbia (Securities Commission)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 145, 64 C.R.R. (2d) 275 (B.C.S.C.) (the power of British Columbia Securities Commission to make enforcement orders under the British Columbia *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 161(1) (c)-(d) does not violate the rule of law. Principles enshrined in the preamble of the *Constitution Act, 1982* inform the substantive sections of the *Charter*, they are not discrete justiciable principles intended to create rights); *Baie D’Urfé (City) v. Quebec (A.G.)*, [2001] R.J.Q. 2520, 27 M.P.L.R. (3d) 173 (C.A.) [*Baie D’Urfé*] (the protection of minorities principle cannot be used to invalidate legislation authorizing amalgamation of cities. Unwritten principles can be used to fill gaps in the Constitution, but not to invalidate legislation); *Mathew v. Canada*, [2003] 1 C.T.C. 2045, (*sub nom. TFTI Holdings v. The Queen*) 99 C.R.R. (2d) 189 (T.C.C.) (the rule of law cannot be used as an independent basis for striking down a provision of the *Income Tax Act*.); *UL Canada Inc. c. Québec (P.-G.)*, [2003] R.J.Q. 2729, 234 D.L.R. (4th) 398 (C.A.) (federalism principle does not include constitutional right to free movement of goods and services. Constitutional principles do not apply where there is no clear gap in the constitutional text); *R. v. MacKenzie (N.M.)*, 2004 NSCA 10, 221 N.S.R. (2d) 51, 181 C.C.C. (3d) 485 (the principle of protection of minorities cannot be used by itself to invalidate legislation and does not extend the coverage of language rights provided by the Charter); *Shaw v. Stein*, [2004] SKQB 194, [2004] 248 Sask. R. 23, 119 C.R.R. (2d) 143 (the rule of law could not be used as an independent ground to review retroactive legislation); *Office and Professional Employees’ International Union, Local 378 v. British Columbia (Hydro and Power Authority)*, 2004 BCSC 422, 129 A.C.W.S. (3d) 1014, [2004] B.C.J. No. 623 (QL) (rule of law principle does not prevent legislature from passing arbitrary laws, as long as they are constitutional. Protection from passage of arbitrary laws lies in the ballot box); *Kingsway General Insurance Co. v. Alberta*, 2005 ABQB 662, 258 D.L.R. (4th) 507, 53 Alta. L.R. (4th) 147 [*Kingsway General Insurance*] (rule of law principle is not an independent source of rights); *Canadian Bar Assn. v. British Columbia*, 2006 BCSC 1342, 59 B.C.L.R. (4th) 38, [2007] 1 W.W.R. 331 [*Canadian Bar Assn.*] (unwritten principles are not free-standing principles that can trigger a cause of action if breached; but see the less categorical comments of the British Columbia Court of Appeal in the same case at 2008 BCCA 92, 290 D.L.R. (4th) 617, [2008] 6 W.W.R. 262. Courts have also been reluctant to apply unwritten constitutional principles to limit or challenge the exercise of powers granted by express provisions of the Constitution). See e.g. *Samson v.*

Canada (A.G.) (1998), 165 D.L.R. (4th) 342, [1998] 155 F.T.R. 137 (F.C.T.D.) (constitutional principles cannot be used to enjoin the Governor General from appointing an unelected, but qualified, person from Alberta to the Senate. The applicants failed to raise a legal issue, as opposed to a political issue. In any case, the appointment of persons to the Senate is specifically addressed by the written provisions of the *Constitution Act, 1867*. Application for interlocutory injunction dismissed); *Brown v. Canada* (1999), 1999 ABCA 256, 244 A.R. 86, 177 D.L.R. (4th) 349 (constitutional principles cannot be used to declare that the senatorial selection process is undemocratic. The claimants failed to raise legal, as opposed to political, issues. Originating notice of motion struck out); *Hogan v. Newfoundland (A.G.)*, 2000 NFCA 12, 189 Nfld. & P.E.I.R. 183, 183 D.L.R. (4th) 225 (principles of rule of law and protection of minorities cannot prevent the amendment of the terms of union between Newfoundland and Canada, pursuant to s. 43 of the *Constitution Act, 1867*, in order to abolish denominational schools.).

- 9 Cases dealing with judicial remuneration are notable exceptions. For an analysis of this fact see Leclair, *supra* note 4.
- 10 This approach has also been advocated by a number of critics of the application of unwritten constitutional principles. See especially Cameron, *supra* note 4; Newman, “Grand Entrance Hall,” *supra* note 4; Newman, “Pushing the Edge,” *supra* note 4.1 discuss the most notable examples of this judicial approach in the next section.
- 11 *Constitution Act, 1867*, (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, s. 17, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 5.
- 12 For arguments in favour of the application of unwritten constitutional principles in Canada see Marc Cousineau, “Le renvoi sur la sécession du Québec: La résurrection des droits linguistiques au Canada” (1999) 11 N.J.C.L. 147; Marc Cousineau, “L’Affaire Montfort, l’article 15 de la *Charte* et le droit de la communauté franco-ontarienne à ses institutions” (1997-98) 29.2 Ottawa L. Rev. 369; Patricia Hughes, “Recognizing Substantive Equality as a Foundational Constitutional Principle” (1999) 22:2 Dal. L.J. 5; Mark D. Walters, “The Common Law Constitution in Canada: Return of *Lex Non Scripta* As Fundamental Law” (2001) 51 U.T.L.J. 91 [Walters, “The Common Law Constitution in Canada”]; Mark D. Walters, “Incorporating Common Law into the Constitution of Canada: *EGALE v. Canada* and the Status of Marriage” (2003) 41:1 Osgoode Hall L.J. 75.
- 13 For a very abbreviated introduction to this debate, see e.g. Robert H. Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems” (1971) 47:1 Ind. L.J. 1; Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (New York: The Free Press, 1990); Ronald Dworkin, *Law’s Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986); John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980).
- 14 (1990), 180 Sask. R. 20, [1999] 11 W.W.R. 51, (C.A.) [Bacon CA cited to W.W.R.]
- 15 In essence, GRIP was a voluntary insurance program for farmers; premiums for the plan were paid by the farmers, as well as by the federal and provincial governments. In 1992, as a result of affordability issues, the Saskatchewan government decided to modify the plan that had originally been implemented in 1991 (GRIP 1991). The Saskatchewan government maintained that it had the power to alter the terms of the plan, pursuant to the original GRIP 1991 program and the contracts it entered into with the farmers who joined the program. Nonetheless, as a result of an injunction order issued against it, the Saskatchewan government decided to legislatively amend the plan. As a result, in 1992 the province passed *The Farm Income Insurance Legislation Amendment Act, 1992*, S.S. 1992, c.51. The Act implemented the revised GRIP 1992 plan, introduced retroactive changes to the GRIP 1991 plan and removed the farmers' right of legal action with respect to any breaches of the 1991 program.
- 16 SCIC maintained that the original terms of the GRIP entitled it to change the terms of the program. As such, the effect of the amending legislation was of secondary importance to its argument.
- 17 *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.* (1999), 157 Sask. R. 199 at para. 113, [1997] 9 W.W.R. 258 (Q.B.) at para. 116 [Bacon QB cited to W.W.R.]
- 18 *Ibid.* at para. 115.
- 19 *Ibid.* at paras. 121-22.

20 (1909), 18 O.L.R. 275 (Ont. C.A.) at 279, 12 O.W.R. 297 (H.C.) at 301, as cited in *Bacon CA*, *supra* note 14 at para. 14.

21 *Bacon CA*, *supra* note 14 at para. 27 Justice Wakeling stated:

I see the above comments taken from the *Secession* case as nothing more than providing a necessary examination of the foundation of federalism as it exists in this country. That examination involved reaffirmation of an earlier statement that the rule of law is a “fundamental postulate” of our Constitution. This examination of federalism was not undertaken with the intent of changing historically accepted notions of parliamentary supremacy but to lay a foundation for the question they were required to consider, namely, the right of one province to secede.

22 *Ibid.* at para. 29.

23 Arguably, the Saskatchewan Court of Appeal was justified--if one relies strictly on the Supreme Court's previous discussions of the parameters of the rule of law principle--in rejecting Justice Laing's finding that the rule of law principle could effectively require all legislation to be held to a reasonableness standard in order to determine that it did not involve an arbitrary exercise of government power. However, I would argue, at a minimum, that the Court of Appeal's decision did not give proper consideration to the Supreme Court's discussion of the role to be played by unwritten constitutional principles. By contrast, Justice Laing's conception of the role of unwritten principles as capable of evolution and as requiring a balancing between different principles according to the context of the case, more accurately reflects that of the Supreme Court, as outlined in the *Provincial Judges Reference* and the *Quebec Secession Reference*.

24 *Singh v. The Minister of Citizenship and Immigration*, 2005 FCA 417, [2006] 3 F.C.R. 70 (*sub nom. Westergard-Thorpe v. Canada (A.G.)*) 3 F.C. 185, 183 D.L.R. (4th) 458) [*Singh* cited to F.C.R.].

25 *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s 39.

26 Commission for Public Complaints Against the RCMP, *APEC Interim Report* (Commission for Public Complaints Against the Royal Canadian Mounted Police, 2001).

27 The request arose out of an earlier ruling by the Commissioner that he may inquire into whether there had been improper political interference in RCMP operations if the evidence were to be supportive of him doing so. See *Singh*, *supra* note 24 at para. 4.

28 *Singh v. Canada*, [1999] 4 F.C. 583, 170 F.T.R. 215.

29 The complainants further argued that the trial judge should have read down section 39 such that it would not apply in circumstances where the Executive allegedly acted unconstitutionally and where the documents being sought would disclose the existence of such unconstitutional conduct.

30 *Singh*, *supra* note 24 at para 14.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.* at para. 16.

33 *Federal Court Act*, R.S.C. 1970, (2d Supp.) c. 10. Section 41(2) provided a wider class of non-justiciable immunity, covering not only Cabinet secrets, but also documents certified to be injurious to international relations, national defence or security, or federal-provincial relations.

34 *Commission des droits de la personne v. Canada (A.G.)*, [1982] 1 S.C.R. 215 at 228, 41 N.R. 318 at paras. 39-40 [*Commission des droits de la personne*], cited in *Singh*, *supra* note 24 at para. 17 [emphasis in *Singh*].

35 Singh, *supra* note 24 at para. 23.

36 *Ibid.* at para. 29ff.

37 For a discussion of “thin” contrasted to “thick” conceptions of the rule of law principle, see Carter, “The Supreme Court’s New Positivism,” *supra* note 5 at para. 9ff.

38 See e.g. *JTI-Macdonald Corp. v. British Columbia (A.G.)*, 2000 BCSC 312, 74 B.C.L.R. (3d) 149, 184 D.L.R. (4th) 335 at para. 150 where Justice Holmes states: “I also accept the reasoning and the result in *Singh v. Canada (A. G.)* and *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, and by Edwards J. in *Babcock v. Canada (A. G.)*, *supra*, that in any event the rule of law itself is not a basis for setting aside legislation as unconstitutional;” *Moncton (City) v. Charlebois*, 2001 NBCA 117, 242 N.B.R. (2d) 259 at para. 58, 25 M.P.L.R. (3d) 171, where Chief Justice Daigle states:

As I understand the effect of the statements made by the Supreme Court concerning the use of these principles, I think that the argument that this unwritten and underlying principle can also be used independently of any constitutional text, as a basis of an application for judicial review to strike down government action is not very convincing. I believe that the “powerful normative force” referred to by the Supreme Court concerns the interpretation of constitutional texts and not the creation of rights outside of the constitutional texts.

See also *Baie D’Urfé*, *supra* note 8; *Canadian Bar Assn.*, *supra* note 8.

39 See *Pfizer Inc. v. Canada*, [1999] 4 F.C. 441, 2 C.P.R. (4th) 298 (T.D.); *Public Service Alliance of Canada v. Canada* (2000), 192 F.T.R. 23, 97 A.C.W.S. (3d) 1099, F.C.J. No. 754; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Inc.*, 2003 BCSC 877, 227 D.L.R. (4th) 323, 122 A.C.W.S. (3d) 851; *Kingsway General Insurance*, *supra* note 8. But see *contra Domtar Inc. v. Canada*, 2008 FC 1057, 170 A.C.W.S. (3d) 468, [2008] F.C.J. No. 1303 (QL).

40 H.W.R. Wade, “The Basis of Legal Sovereignty” (1955) Cambridge L.J. 172.

41 Christopher Forsyth, “Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review” (1996) 55:1 Cambridge L.J. 122.

42 Mark Elliott, “The Demise of Parliamentary Sovereignty? The Implications for Justifying Judicial Review” (1999) 115 L.Q.R. 119; “The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central Principle of Administrative Law” (1999) 58:1 Cambridge L.J. 129.

43 Dawn Oliver, “Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review?” [1987] P.L. 543.

44 I will provide a more detailed discussion of this critical approach below.

45 Strictly speaking, this is not exclusively a “British” debate as it has engaged many scholars from outside the United Kingdom. Noteworthy international contributors include David Dyzenhaus, Jeffrey Goldsworthy and Mark Walters. See David Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency* (Cambridge: Cambridge University Press, 2006); Dyzenhaus, “Incoherence,” *supra* note 5 at 138; Jeffrey Goldsworthy, “Unwritten Constitutional Principles” in Huscroft, *supra* note 5 at 277; Mark Walters, “The Common Law Constitution in Canada,” *supra* note 12; Walters, “Common Law, Reason, and Sovereign Will” (2003) 53 U.T.L.J. 65; Walters, “Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism” in Huscroft, *supra* note 5 at 245. For a critique of the common law constitutional approach see Thomas Poole, “Back to the Future? Unearthing the Theory of Common Law Constitutionalism” (2003) 23 Oxford. J. Legal Stud. 435.

46 *Canada (Auditor General) v. Canada (Ministry of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49 at 91-92 [Auditor General], cited in *Singh*, *supra* note 24 at para. 17 [emphasis added]. Interestingly, Justice Strayer does not question whether the Chief Justice’s comments in the *Auditor General* case correspond to the development of administrative law since 1977.

47 *Bacon CA, supra* note 14 at para. 29.

48 *Ibid.*

49 *Singh, supra* note 24 at para. 12.

50 The Honourable Sir John Laws, “Law and Democracy” [1995] P.L. 72. He is now a judge of the Court of Appeal of England and Wales.

51 *Ibid.* at 78-79.

52 *Ibid.* at 73.

53 *Ibid.* at 81.

54 *Ibid.* at 84.

55 *Ibid.* at 92.

56 *Ibid.* at 80-81.

57 The Honourable Sir Stephen Sedley, “Human Rights: a Twenty-First Century Agenda” [1995] P.L. 386.

58 *Ibid.* at 388-89.

59 *Ibid.* at 391. While Sedley acknowledges the pitfalls of this approach, including the potential commodification of human rights, he views the alternative of retreating from the protection of fundamental rights as the greater evil:

The only choice in this situation--and it is a choice which the judiciary can make for itself but which Parliament can no longer realistically make for it--is to retreat from rights adjudication into the long sleep of *Wednesbury* and before, or to develop the role with which we are now becoming familiar and to continue to move in the direction of a rights culture compatible with constitutional adjudication in a democracy. *Ibid.* at 395.

60 The common law critique of the *ultra vires* approach should be distinguished from common law constitutionalism more generally as not all common law constitutionalists share Craig's view that the notion of parliamentary intent should be abandoned.

61 See generally P. P. Craig, “Sovereignty of the United Kingdom Parliament after *Factortame*” (1991) 11 Y.B. Eur. L. 221; Paul Craig, “Public Law, Political Theory and Legal Theory” [2000] P.L. 211 [Craig, “Public Law”]; Paul Craig, “Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review” (1998) 57:1 Cambridge L.J. 63.

62 Craig, “Public Law,” *ibid.* at 222.

63 *Ibid.* at 219.

64 *Ibid.* at 229.

65 *Ibid.* at 230. Interestingly, Craig emphasizes that, historically, supporters of parliamentary sovereignty such as Dicey and Blackstone viewed the common law as the natural vehicle for the development of legal doctrine on the basis of sound,

principled arguments. In Craig's view, the *ultra vires* doctrine of judicial review, which ascribes the power of judicial review to the intent of the legislature, is not based on sound, principled arguments and cannot be supported any longer. *Ibid.* at 235.

66 See especially T.R.S. Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001) [Allan, *Constitutional Justice*].

67 T.R.S. Allan, “Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism” [1985] Cambridge L.J. 111. Allan argues that, rather than risk radical reform such as the adoption of an entrenched bill of rights, the British constitutional order can be restored to balance by placing an appropriate amount of weight on the principle of the rule of law: “It is the failure to recognise the importance and scope of the rule of law as a juristic principle, it will be argued, which has distorted our understanding of parliamentary supremacy and led in part to our present fears of constitutional imbalance.” *Ibid.* at 114.

68 *Ibid.* at 119.

69 Allan, *Constitutional Justice*, *supra* note 66 at 13. For a similar defence of the importance of fundamental principles within British constitutionalism, see Tom R. Hickman, “In Defence of the Legal Constitution” (2005) 55 U.T.L.J. 981.

70 Allan, *Constitutional Justice*, *ibid.* at 1.

71 T.R.S. Allan, “Parliamentary Sovereignty: Law, Politics, and Revolution” (1997) 113 Law Q. Rev. 443 at 448-49 [Allan, “Parliamentary Sovereignty”]. Allan goes on at 449 to link his position to a constitutional theory based on fundamental principles:

An adequate constitutional theory, appropriate to current circumstances, would recognise limitations on legislative power in order to ensure an adequate separation of powers, which Blackstone--often treated as an authority for the doctrine of unlimited sovereignty--rightly thought essential to the prevention of tyranny. The validity of traditional assertions of absolute sovereignty can only be determined by analysis of their normative grounding in political theory. When constitutional debate is opened up to ordinary legal reasoning, based on fundamental principles, we shall discover that the notion of unlimited parliamentary sovereignty no longer makes any legal or constitutional sense.

72 [2005] UKHL 56, [2006] 1 A.C. 262, [2005] 4 All E.R. 1253 [Jackson cited to A.C.].

73 *Ibid.* at para. 104.

74 *Ibid.* at para. 107.

75 *Ibid.* at para. 102.

76 *Ibid.*

77 *Ibid.*

78 *Ibid.*

79 *Ibid.* at para. 159.

80 *Ibid.*

81 See e.g. Jeffrey Jowell, “Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis” [2006] P.L. 562; Mark Elliott, “Bicameralism, sovereignty and the unwritten Constitution” (2007) 5 International Journal of Constitutional Law 370.

82 See e.g. Tom Mullen, “Reflections on *Jackson v Attorney General*: questioning sovereignty” (2007) 27 L.S. 1.

83 *Supra* note 1.

84 The Vancouver DOJ lawyers brought an application to compel production of the documents listed on the certificate of the Clerk of the Privy Council. The chambers judge rejected the application, finding that the certificate of the Clerk of the Privy Council under s. 39 provided absolute protection for the documents listed, which could not be challenged. The chambers judge also rejected the argument that the privilege had been waived by the previous listing of the documents as producible or by the disclosure of information in the affidavit of the officer of the Treasury Board. Finally, he found that section 39 did not infringe the core jurisdiction of the superior courts protected by section 96 of the *Constitution Act, 1867* in light of the long-standing recognition of Cabinet privilege as a legitimate part of Parliament's power. (*Babcock v. Canada (A. G.)* (1999), 70 B.C.L.R. (3d) 128, 176 D.L.R. (4th) 417 (B.C.S.C.)). The Vancouver DOJ lawyers appealed the chambers judge's decision to the British Columbia Court of Appeal. The majority of the Court of Appeal allowed the appeal, ordering production of the documents on the basis that the federal government waived its right to claim confidentiality because it previously listed some of the documents as producible and it selectively disclosed information in the affidavit of the officer of the Treasury Board Secretariat. (*Babcock v. Canada (A. G.)*, 2000 BCCA 348, 188 D.L.R. (4th) 678, [2000] 6 W.W.R. 577).

85 Chief Justice McLachlin's reasons were supported by seven other justices; Justice L'Heureux-Dube provided brief concurring reasons of her own.

86 *Babcock, supra* note 1 at para. 54.

87 *Ibid.* at para. 55.

88 *Ibid.* at para. 15.

89 In the course of her reasons, Chief Justice McLachlin noted that the Supreme Court upheld the constitutionality of the predecessor to section 39 in *Commission des droits de la personne*, *supra* note 34. The precursor to section 39 of the *Canada Evidence Act* was section 41(2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2d Supp.), c. 10, s. 41. Section 41(2) permitted the government to claim absolute privilege over a broader class of confidences than section 39(1) currently does.

90 *Babcock, supra* note 1 at para. 56.

91 *Ibid.* at para. 57.

92 *Ibid.* at para 54. See also Chief Justice Beverley McLachlin, “Unwritten Constitutional Principles: What is Going On?” (2005 Lord Cooke Lecture delivered at Wellington, New Zealand, 1 December, 2005), [unpublished], online: <<http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/ju/spedis/bm05-12-01-eng.asp>>.

93 *Babcock, supra* note 1 at para. 57.

94 *Jackson, supra* note 72 at para. 102.

95 *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, 257 D.L.R. (4th) 193 [*Imperial Tobacco* cited to S.C.R].

96 *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, S.B.C. 2000, c. 30.

97 *Imperial Tobacco*, *supra* note 95 at paras. 10-14. For a critical commentary of the Supreme Court's decision in this case see F.C. Decoste, “Smoked: Tradition and the Rule of Law in *British Columbia v. Imperial Tobacco Ltd.*” (2006) 24:1 Windsor Y.B. Access Just. 327.

98 *Imperial Tobacco*, *supra* note 95 at para. 59. In particular, Justice Major noted that “it is difficult to conceive of how the rule of law could be used as a basis for invalidating legislation ... based on its content.”

99 *Ibid.* at para. 60, Justice Major stated:

This does not mean that the rule of law as described by this Court has no normative force. As McLachlin C.J. stated in *Babcock*, at para. 54, “unwritten constitutional principles,” including the rule of law, “are capable of limiting government actions.” See also *Reference re Secession of Quebec*, at para. 54. But the government action constrained by the rule of law as understood in *Reference re Manitoba Language Rights* and *Reference re Secession of Quebec* is, by definition, usually that of the executive and judicial branches. Actions of the legislative branch are constrained too, but only in the sense that they must comply with legislated requirements as to manner and form (i.e. the procedures by which legislation is to be enacted, amended and repealed).

100 *Ibid.* at para. 65.

101 *Ibid.* at para. 66. It is interesting to note that Justice Major appears to accord equal weight to both “express terms of the Constitution” and “the requirements ... that flow by necessary implication from those terms.” This mirrors the approach advocated by Robin Elliott and by Patrick Monahan concerning the recognition of unwritten constitutional principles. Both authors argue that courts should be more willing to recognize and apply unwritten constitutional principles to fill in gaps in the Constitution where the application of the principles is a “necessary implication” from the organization and text of the Constitution. See Elliot, *supra* note 4 at 83-84. See also Monahan, *supra* note 4 at 76-77.

102 *Imperial Tobacco*, *supra* note 95 at para. 66. For a similar view of the role of the rule of law principle, see Peter W. Hogg and Cara F. Zwibel, “The Rule of Law in the Supreme Court of Canada” (2005) 55 U.T.L.J. 715.

103 *Imperial Tobacco*, *ibid.*

104 *Constitution Act, 1867*, *supra* note 11; *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11 [Charter]; *Provincial Judges Reference*, *supra* note 2 at paras. 126-129 and ff. In that case, Chief Justice Lamer extended the scope of protection afforded to the principle of judicial independence beyond the then existing interpretation of section 96 of the *Constitution Act, 1867* and section 11(d) of the *Charter*. As a result, he found that that the protection of judicial independence afforded by section 11(d) of the *Charter* should be extended beyond judges dealing with criminal “offences,” as explicitly stated in the text of the section, to also include provincial court judges not seized with criminal law matters. However, the Chief Justice noted that the level of independence enjoyed by provincial court judges may not be the same as that enjoyed by superior court judges. Justice Lamer's approach is an example of inductive reasoning that Mark Walters argues is at the heart of common law constitutionalism. This inductive approach views express constitutional provisions as specific instances or examples of more general principles that can then be used to deduce additional rights or protections. See Walters, “Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism,” *supra* note 45 at 263 ff.

105 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 at para. 135, 276 D.L.R. (4th) 594 at para. 135 [*Charkaoui* cited to S.C.R.]. See also *British Columbia (A.G.) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873 at para. 21, 280 D.L.R. (4th) 528 at para. 21, where the Court stated: “in *Imperial Tobacco*, this Court left open the possibility that the rule of law may include additional principles.”

106 *Imperial Tobacco*, *supra* note 95 at para. 54.

107 *Charter*, *supra* note 104 at ss. 3, 4, 5.

108 *Constitution Act, 1867*, *supra* note 11 at ss. 17 and 50. For a detailed discussion of circumstances in which protection of the democratic process may require more than the protection accorded by these explicit constitutional provisions,

see my discussion in Vincent Kazmierski, “Something to Talk About: Is There a *Charter* Right to Access Government Information?” (2008) 31 Dal. L.J. 351. I will return to this issue briefly below.

109 Thus, it may be said that, within this particular articulation of the principle of parliamentary sovereignty, parliamentary sovereignty is properly understood not as a principle in and of itself but as a claim of authority based on a particular aspect of the principle of democracy--the representative nature of our democratic institutions. Such a claim would be rejected by those who argue that the principle of parliamentary sovereignty constitutes a “rule of recognition” and thus requires no internal justification. This debate is beyond the scope of this article.

110 See especially the Supreme Court's discussion of the principle of democracy in the *Quebec Secession Reference*, *supra* note 3 at paras. 61-69.

111 [1938] S.C.R. 100, [1938] 2 D.L.R. 81 [*Alberta Press* cited to S.C.R.].

112 *Supra* note 11.

113 The *Alberta Social Credit Act*, S.A. 1937, c. 10 and ancillary legislation, was drafted to create a complex system designed to regulate the credit available in the province in an attempt to increase the standard of living without giving rise to undue inflation. The Social Credit system was viewed by the Alberta government as a replacement for the existing monetary system and included the provision of Alberta Credit to consumers through channels created by the legislation. During the course of considering the three bills specifically referred to it, the Supreme Court found that the *Alberta Social Credit Act*, which was the central legislative measure in the Social Credit scheme, was *ultra vires*. Although they differed over the precise reasons, the various members of the Court ruled that the legislation exceeded the province's jurisdiction over property and civil rights and over matters merely local and private in the province since it established a system of banking and was concerned with the regulation of trade and commerce, both of which fall within the jurisdiction of the federal government. The Court found that the ancillary legislation that was the specific subject of the reference case must also be found *ultra vires*.

114 *Supra* note 111 at 134-35.

115 *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, 7 D.L.R. (2d) 337 [*Switzman* cited to S.C.R.]; *Saumur v. Quebec (City)*, [1953] 2 S.C.R. 299, [1953] 4 D.L.R. 641.

116 *Switzman*, *ibid.* at 328. *Contra: Canada (A.G.) v. Montreal (City)*, [1978] 2 S.C.R. 770, 84 D.L.R. (3d) 420.

117 [1987] 2 S.C.R. 2, 41 D.L.R. (4th) 1 [*O.P.S.E.U.* cited to S.C.R.].

118 R.S.O. 1970, c. 386.

119 Justice Beetz, writing for the majority of the Supreme Court, concluded that the impugned legislation could be considered as amendments to the Ontario Constitution. He found that the impugned sections were constitutional in nature in so far as they imposed duties on members of a branch of government in order to implement the principle of impartiality of the public service. He identified this principle as an essential pre-requisite of responsible government. Justice Beetz also found that the provisions fell within the provincial government's jurisdiction over the establishment and tenure of provincial offices pursuant to section 92(24) of the *Constitution Act, 1867*. He held that the provisions did not impinge on federal jurisdiction even though they related to both provincial and federal elections. Rather, he found that they aimed to reinforce the operation of responsible government within a federal framework.

120 *O.P.S.E.U.*, *supra* note 117 at paras. 143-44. Justice Beetz concluded that the argument based on the Implied Bill of Rights cases did not apply in this case because the *Public Service Act* only incidentally affected provincial and federal elections.

121 *O.P.S.E.U.*, *supra* note 117 at para. 33.

- 122 *Ibid.* at para. 34.
- 123 *Quebec Secession Reference*, *supra* note 3 at paras. 49, 91-93.
- 124 *Provincial Judges Reference*, *supra* note 2 at para. 103. The Chief Justice stated:
- In this way, the preamble's recognition of the democratic nature of Parliamentary governance has been used by some members of the Court to fashion an implied bill of rights, in the absence of any express indication to this effect in the constitutional text. This has been done, in my opinion, out of a recognition that political institutions are fundamental to the “basic structure of our Constitution” (*O.P.S.E.U.*, *supra* at p. 57) and for that reason governments cannot undermine the mechanisms of political accountability which give those institutions definition, direction and legitimacy.
- 125 *Reference Re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753 at 841 (*sub nom. Reference re Amendment of the Constitution of Canada (Nos. 1, 2 and 3)*), 125 D.L.R. (3d) 1 at 73 [*Patriation Reference* cited to S.C.R.].
- 126 *Alberta Press*, *supra* note 111 at 133-34.
- 127 *Patriation Reference*, *supra* note 125 at 844-45.
- 128 *Quebec Secession Reference*, *supra* note 3 at para. 54.
- 129 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, 168 C.C.C. (3d) 449 [*Sauvé* cited to S.C.R.].
- 130 *Ibid.* at para. 15.
- 131 For a discussion of the importance of access to government information to democratic governance see: Alasdair Roberts, “*Structural Pluralism and the Right to Information*” (2001) 51 U.T.L.J. 243; Gregory Tardi, *The Law of Democratic Governing: Principles* (Vol. 1) (Toronto: Thomson Carswell, 2004) at 38; Craig Forcese, “Clouding Accountability: Canada’s Government Secrecy and National Security Law ‘Complex’” (2004-2005) 36:1 Ottawa L. Rev. 49 at paras. 30-31; Kazmierski, *supra* note 108. A more detailed discussion of this issue is beyond the scope of this article.
- 132 Kazmierski, *supra* note 108.
- 133 See especially Justice Iacobucci’s majority reasons in *Figueroa v. Canada*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912 at paras. 19-37, 227 D.L.R. (4th) 1.
- 134 See e.g. *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 14, 15, 21, 69 [*Access Act*]; *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 36-38, particularly section 38.13. Robert Walsh, Law Clerk and Parliamentary Counsel, has argued that parliamentary privilege likely trumps the application of legislation to restrict the power of parliamentary committees to request the production of documents by government officials. Nonetheless, government ministers have publicly stated that the government is restricted from disclosing information to the House of Commons Special Committee on the Canadian Mission in Afghanistan by “legal restrictions,” including restrictions imposed by the *Canada Evidence Act*. See letter from Robert Walsh to the Honourable Ujjal Dosanjh, December 7, 2009, online: CBC News <<http://www.cbc.ca/canada/story/2009/12/08/walsh-letter-dosanjh008.html>>. For the ruling of the Speaker of the House of Commons on this issue see *House of Commons Debates*, No. 034, (27 April 2010) at 2039 (Hon. Peter Milliken).
- 135 For a discussion of recent attempts to increase restrictions on access to government information in Canada, see Stanley L. Tromp, *Fallen Behind: Canada’s Access to Information Act in the World*, Context (September 2008), online: Canadian FOI Resource Website <<http://www3.telus.net/index100/foi>> at 24-28; see also Kazmierski, *supra* note 108 at note 1.

136 [2010 SCC 23](#). The decision in this case was released shortly before publication of this article. As such, the impact of the decision on access rights is very difficult to predict. It is also worth noting that the Court's decision identified very strict preconditions that must be met before a denial of access to information could be recognized as an infringement of freedom of expression. Interestingly, the Court's general discussion of the protection of access to information under s. 2(b) was extremely brief (spanning only ten paragraphs) and avoided many of the arguments raised by the parties. Notably, the decision considered the importance of protecting access to information without direct mention of the principle of democracy; it also effectively ignored the debate about whether requiring access to information would amount to protection of a positive right.

137 *Supra* note 104.

41 OTTLR 245

End of Document

Copyright © Thomson Reuters Canada Limited or its licensors (excluding individual court documents). All rights reserved.

Tab 26

1938 CarswellAlta 88
The Supreme Court of Canada

Reference re Alberta Legislation

1938 CarswellAlta 88, [1938] 2 D.L.R. 81, [1938] S.C.R. 100, [1938] S.C.J. No. 2

In the Matter of Three Bills Passed by The Legislative Assembly of the Province of Alberta at the 1937 (Third Session) thereof, Entitled Respectively: "An Act Respecting the Taxation of Banks"; "An Act to Amend and Consolidate the Credit of Alberta Regulations Act"; and "An Act to Ensure the Publication of Accurate News and Information"; and reserved by the Lieutenant-Governor for the signification of the Governor General's pleasure

Duff C.J. and Cannon, Crocket, Davis, Kerwin and Hudson JJ.

Judgment: January 11, 1938
Judgment: January 12, 1938
Judgment: January 13, 1938
Judgment: January 14, 1938
Judgment: January 17, 1938
Judgment: March 4, 1938

Counsel: *Aimé Geoffrion K.C., J. Boyd McBride K.C. and C.P. Plaxton K.C.* for the Attorney-General of Canada.

O.M. Biggar K.C., W.S. Gray K.C. and J.J. Frawley K.C. for the Attorney-General for Alberta.

W.N. Tilley K.C., R.C. McMichael K.C., W.F. Chipman K.C. and A.W. Rogers K.C. for the Chartered Banks.

W.N. Tilley K.C. and H.P. Duchemin K.C. for the Canadian Press.

J.L. Ralston K.C., S.W. Field K.C. and R. de W. MacKay K.C. for the Alberta newspapers.

Subject: Corporate and Commercial; Constitutional; Criminal; Evidence; Public; Provincial Tax

The judgment of Duff C.J. and Davis J. was delivered by *The Chief Justice* :

1 The three Bills referred to us are part of a general scheme of legislation and in order to ascertain the object and effect of them it is proper to look at the history of the legislation passed in furtherance of the general design.

2 It is no part of our duty (it is, perhaps, needless to say) to consider the wisdom of these measures. We have only to ascertain whether or not they come within the ambit of the authority entrusted by the constitutional statutes (the *British North America Act* and the Alberta Act) to the legislature of Alberta and our responsibility is rigorously confined to the determination of that issue. As judges, we do not and cannot intimate any opinion upon the merits of the legislative proposals embodied in them, as to their practicability or in any other respect.

3 It will be necessary, first of all, to examine with some care the central measure, which is *The Alberta Social Credit Act*, and to arrive at a proper conception of its character from the constitutional point of view.

4 Various declarations throughout the enacting provisions of this statute, as well as in the preamble, leave no room for doubt as to its objects. We cite verbatim some of these declarations because we think it is important to have before us the language selected by the Legislature itself to describe the purpose of the legislation and the general nature and functions of the machinery which is to be put into operation.

5 To appreciate the significance of these declarations, however, it is necessary to advert to the constitution and nature of the three bodies set up by the statute for the administration of the Act as well as to the statutory definition of "Alberta Credit."

6 There is, first, a Board which is designated simply as "The Board"; the first members of which are named by the statute, their successors being appointed by the Legislature. Then there is the Provincial Credit Commission which is to be appointed by the Board; and here it is convenient to mention the duties of the Commission in determining the value of "Alberta Credit." "Alberta Credit" is defined by section 2 (a) as,

the unused capacity of the industries and people of the province of Alberta to produce wanted goods and services.

7 By section 5(1) there is to be an account in the treasury of the province known as the Provincial Credit Account. The Commission is to determine, in the manner prescribed by the Act, the value for each year of the

unused capacity of the industries and people of the province of Alberta to produce wanted goods and services;

in other words, the value in money (section 2 (k)) of "Alberta Credit." This amount is to be credited to the Provincial Credit Account and "at the end of each year the amount" in this account "which shall not have been drawn upon in that year shall be written off." The decisions of the Board and of the Commission in the determination of the annual money value of this "unused capacity" are to be final and are to govern the Provincial Treasurer in the establishment and maintenance of the "Provincial Credit Account." It is this "Alberta Credit" annually determined and credited to the Provincial Credit Account which constitutes, according to the plan of the statute, a fund of credit that is to be employed and put into circulation through the machinery set up by the Act in order to facilitate the exchange of goods and services and generally to effectuate the purposes of the Act.

8 Then, there is the Alberta Credit House which is a department of the provincial administration, constituted by the Commission and a body corporate; and which is to maintain branches throughout the province.

9 A reference is also necessary to Treasury Credit Certificates. These are issued by the Provincial Treasurer against the Provincial Credit Account from time to time through the Credit House system.

10 Among the declarations expounding the purpose of the statute we refer to these: — By the preamble it is affirmed:

the people of Alberta, rich in natural wealth and resources both actual and potential, are yet heavily in debt and have been unable to acquire and maintain a standard of living such as is considered by them to be both desirable and possible; and

* * * the existing means or system of distribution and exchange of wealth is considered to be inadequate, unjust and not suited to the welfare, prosperity and happiness of the people of Alberta.

Section 7 provides:

It is the intent and purpose of this Act to provide for the issue of Treasury Credit Certificates to such extent as may be requisite for the purpose of increasing the purchasing power of the consumers of Alberta as to make such purchasing power conform to the productive capacity of the people of the province for the production and delivery of wanted goods and services, which capacity is declared to be the measure of Alberta Credit.

11 Section 31 declares:

The Commission shall so function and administer this Act for the purpose and to the intent that the Treasury Credit Certificate Account in all branches shall be maintained in balance at all times. It is the intent of this Act to control the volume of the means of payment for goods and services in harmony with the ability of the whole province to produce and consume them on a rising standard of living, so that excess expansion of credit and a consequent undue advance in the price level shall not occur, and that the present system of issuing credit through private initiative for profit, resulting in recurrent deflations and inflations shall cease.

With this section, section 33 should be read. It is in the following words:

In order to establish a system of circulating credit which shall at all times conform to the capacity of the industries and people of Alberta for the production of wanted goods and services; it is hereby declared to be the policy of the Legislative Assembly of Alberta to prevent the undue expansion of credit as well as to eliminate the contraction of credit in time of slackening trade. It is the true meaning and intent of this Act, whenever deemed necessary by the Commission, that the controls over supply of credit through open market operations and the discount rate shall be employed as heretofore to maintain a balanced credit structure.

12 To these should be added the following statements in the *Social Credit Measures Act* (1936) which has been repealed:

* * * the existence of indigence and unemployment throughout a large portion of the population demonstrates the fact that the present monetary system is obsolete and a hindrance to the efficient production and distribution of goods; and

* * * the electors of the province are favourable to the adoption in the province of a measure based on what are generally known as Social Credit principles, their general objects being to bring about the equation of consumption to production, and to afford to each person a fair share in the cultural heritage of the people in the province;

and this statement from the *Credit House Act* (1936) also repealed:

2 (a) "Alberta Credit" means the credit provided by the Credit House for facilitating the exchange of goods and services within the province.

13 Section 36 (b) should also be noticed:

36. In addition to the specific powers conferred by this Act, the Commission shall be empowered, —

(b) to examine into, consider, investigate and formulate proposals having for their object the increase of the purchasing power of the consumer by means of social dividends, compensating discounts or by any other means and the payment to the producer of any commodity of a just price and the allowance to any dealer in a commodity of a fair commission on turnover, and for such purposes to ascertain all necessary facts relating thereto, and to report to the Board as to the feasibility of applying any such proposal or any modification thereof having regard to the economic circumstances of the province and of the various businesses, industries, trades and vocations of the people of the Province.

14 By section 42, the substance of which is given below, the Lieutenant-Governor in Council has full power to give effect to any report of the Commission in so far as its recommendations are not contrary to the policy of the statute, even to the extent of altering and supplementing the provisions of the statute itself.

15 These declarations enable us to affirm with certainty (1) that the evil as the Legislature conceives it with which the statute is intended to grapple is the inability of the people of Alberta to attain to a proper standard of living by reason of the inadequate supply or the unfair distribution of purchasing power; and (2) that, broadly speaking, the enactments in the statute are designed, to employ the phraseology of the authors of the legislation, to equate purchasing power or effective demand with productive capacity; and, moreover, it is easily susceptible of demonstration by reference to the provisions of this statute in detail and to those of the cognate legislation that these measures proceed upon this fundamental postulate, viz., that the economic ills which they aim at curing arise primarily from financial causes and, particularly, from the circumstance that bank credit, which constitutes in the main, in point of volume, the circulating medium of payment and exchange in this country, is issued through private initiative for private profit. And, speaking in general terms, the statute sets up the machinery of a financial system which is to be administered by statutory authority and the predominant function of which is to provide a form of credit designated as "Alberta Credit" which is to be made accessible to consumers and others through the channels created by the Act, and which is to circulate as a medium of exchange and payment.

16 Alberta credit (the nature of which is described as explained above) is distributed by the Provincial Treasurer by means of Treasury Credit Certificates; and it is his duty to issue through the Credit House system Treasury Credit Certificates in such amounts and at such times as may be required for the purposes of the statute. In particular, it is his duty to issue such certificates to the branches or other agencies for the purpose of providing the credits established pursuant to the requirements of section 13 for, that is to say,

(a) a discount on prices to consumers at retail;

- (b) government services;
- (c) interest free loans;
- (d) debt payments;
- (e) export subsidies;
- (f) provincial consumers' dividends;
- (g) such other purposes as the Lieutenant-Governor in Council at the request of the Board may by order so declare.

17 As to the purposes mentioned in section 13 (g), it should be noticed that, by section 36 (a), in addition to the other powers conferred by the Act, the Commission is empowered to transfer Treasury Credit Certificates in any manner consistent with the purpose of this Act.

18 The Commission is, moreover, specifically authorized by section 5 (3) to advance Alberta credit to persons engaged in

agriculture or manufacturing or industry * * * and * * * to defray the costs of the building of a home or for establishing or maintaining any business, vocation, calling or for public service.

It is also authorized to negotiate any transfer of Alberta credit with any person, firm or corporate body "entitled to Alberta credit."

19 Then the Lieutenant-Governor in Council is authorized (section 10),

on the advice of the Board * * * (to) declare that all claims against the province for the payment of any money out of any appropriation of public money made by the Legislative Assembly * * * shall be satisfied by the transfer to such person of an amount of Alberta Credit.

equivalent to the amount of such claim, with a proviso that, in the case of contractual obligations, all parties must agree.

20 Municipal corporations (by s. 12) are authorized to accept transfers of Alberta credit in satisfaction of any claim and to transfer such Alberta credit to persons who are willing to accept the same in satisfaction or partial satisfaction of their claims for the carrying out of any public work.

21 Two principal methods are provided for securing access to Alberta Credit by the population generally as individuals. One of the means adopted for this purpose is designated

the "Consumers' Dividend," — a monthly grant of Alberta credit to everybody falling within the designation of "persons entitled to Alberta credit," which includes virtually everybody who is twenty-one years of age, a British subject, resident and domiciled in Alberta, the amount of which is determined by the Commission. The payment of these dividends is provided by Treasury Certificates issued to each branch for the amount that branch has to disburse and the branch issues credit vouchers to the recipients of the dividend in payment thereof.

22 The second method is by use of the retail discount rate, which constitutes, perhaps, the cardinal feature of the statutory plan. This is a rebate by which purchasers of goods and services are subsidized through a reduction of price compensated by a corresponding credit to the retailer. It is applicable to sales of goods and services to ultimate consumers by persons qualified to "dispense" the discount. In order to qualify for this purpose, a retailer must enter into an agreement with the Commission, one term of which, if the Commission so requires, is that he will deal only with wholesalers and primary producers who have entered into agreements with the Commission pursuant to the provisions of the statute. The discount rate is fixed by the Commission and is determined by the ratio of the money value of the "unused productive capacity" of Alberta to the value of the total capacity.

23 For augmenting purchasing power, the principal agency appears to be this retail discount rate. A subsidy in this form, by way of reduction of price, it is, perhaps, assumed, will not be attended with the same risk of consequential inflation as a direct subsidy to consumers; especially as the rate, being fixed by reference to the ratio between the value of unused capacity for production and the value of total capacity may be supposed to diminish with augmentation of production. A condition of the operation of this device is, of course, the provision of some means for compensating the seller for the reduction in price and, since the province of Alberta has no legislative control over the creation of currency or legal tender or bank credits, compensation in any of these forms would ordinarily be supplied by means of taxation, or in other words, ultimately from the pockets of people living in Alberta or owning property there. Such difficulties the statutory plan proposes to avoid by the establishment of Alberta credit as a fund of credit for employment, as we have seen, as a means of exchange and payment.

24 The statute recognizes that extra-provincial debts will in most cases have to be paid in currency and declares that they shall be so paid when desired by the "other party"; and certain enactments of the statute appear to be intended to make provision for this. It is recognized, in other words, that it would not be practicable for Alberta to establish a system under which legal tender is wholly dispensed with.

25 As regards intra-provincial transactions, authority is given to everybody to receive Alberta credit in payment of goods and services, but here again the Legislature has obviously

recognized its lack of authority to make such acceptance compulsory by direct legislative enactment. Nevertheless, it is clear from the declarations above quoted, as well as from the statute as a whole that the substitution generally in internal commerce of Alberta credit for bank credit and legal tender as the circulating medium is of the very essence of the plan.

26 The object being to provide increased purchasing power, it is, as explained, of the essence of the scheme that this shall be brought about, not by subsidizing consumers directly, but, mainly by a rebate in prices through the application of the retail discount rate. As that necessarily involves the provision of some means for compensating the seller, and since the compensation provided is compensation out of Alberta credit, it is clear enough that this device could only be made practicable in connection with transactions where the price is paid in Alberta credit, and the discount rate will itself, of course, be paid in the same way.

27 The practicability of the scheme, the feasibility of it as a means of accomplishing the declared purpose of the legislation, postulates, therefore, a willingness on the part of sellers of goods and services, in Alberta transactions, to accept Alberta credit in payment; in other words, acceptance generally in Alberta of Alberta credit as the circulating medium.

28 The Credit House is, as already observed, the agent of the Provincial Treasurer through which Alberta credit circulates. The Credit House is to accept deposits of currency and securities, to transfer credit, to receive deposits of credit vouchers and of transfers of Alberta credit. It can convert currency and negotiable instruments on demand into Alberta credit. It is to issue credit vouchers in payment of the consumers' dividend. It is probably intended to issue discount vouchers. Alberta credit on deposit with a branch may be drawn against by a customer by means of any instrument in the form prescribed by the Commission. The forms of credit vouchers and discount vouchers and of transfers are to be settled by regulation by the Commission.

29 It is expressly provided that a transfer of credit becomes effective on delivery; that is to say, on presentment to a branch of the Credit House. In other words, it is equivalent to an order which is to be honoured on demand. Bankers' credit may be described as the "right to draw cheques on a bank"; and the practical exercise of this right involves either the transfer of credit to another on the books of the same bank, or on the books of another bank, or payment to the payee in legal tender at his discretion. A customer of the Credit House has no right to require payment of legal tender at his discretion, unless his deposit is a currency deposit, and cannot transfer such a right to another, but, save in that respect, he is, and must necessarily be, if the system is really to be operative, in relation to his account in the Credit House, in the same position as the customer of a bank.

30 The question arises: Is legislation of this type competent to a province as within the ambit of Property and Civil Rights within the Province (no. 13) or Matters merely local or

private within the Province (no. 16); or does the subject matter of it fall within the categories of matters set apart by section 91 under the enumerated heads of that section to be exclusively regulated and controlled by the central legislative authority acting in behalf of the people of Canada as a whole?

31 The question thus stated puts a dilemma which is not strictly complete because, of course, a subject matter of legislation, though not within any of the enumerated heads of section 91, may still be outside the ambit of section 92.

32 The whole of the two sections must be considered; and, of course, in light of the judicial interpretation of them. The second of the enumerated categories of section 91 is defined by the words "The Regulation of Trade and Commerce." The same section comprises a number of other categories of subjects which in great part, at least, would, if full scope were given to the words "Regulation of Trade and Commerce" in their ordinary sense, fall under head no. 2. Among them are Currency and Coinage (no. 14); Incorporation of Banks, Banking and the Issue of Paper Money (no. 15) and Legal Tender (no. 20).

33 In respect of "any matter coming within any" of these "classes of subjects" the authority of the Parliament of Canada is "exclusive"; and "legislation falling strictly within any of the classes" so enumerated "is not within the legislative competence of the provincial legislatures under section 92" (The *Fisheries* case)¹.

34 Indeed, by the explicit words of the concluding paragraph of section 91, "any matter coming within any of" these "classes of subjects shall not be deemed to come within the class of matters of a local and private nature" assigned exclusively to the provinces. It is settled by the decision of the Privy Council in *A.G. for Ontario v. A.G. for Canada*² (as interpreted in the *Great West Saddlery Co. v. The King*³) that if a given subject-matter falls within any class of subjects enumerated in section 91, "it cannot be treated as covered by any of those within section 92."

35 The general character of the classes of subjects enumerated in section 91, especially of those mentioned above (Trade and Commerce, Currency and Coinage, Banks and Banking, Legal Tender), is important. A comparison of the nature of these subjects with the subjects included in section 92 seems to suggest that credit (including credit in this novel form) as a medium for effecting the exchange of goods and services, and the machinery for issuing and circulating it, are among the matters assigned to the Dominion under section 91 and not among those intended to be assigned to the provinces under any of the categories of section 92.

36 The categories (of s. 91) mentioned having been committed for legislative action to Parliament, which represents the people of Canada as a whole, we find it difficult to suppose

that it could have been intended, under the general headings Property and Civil Rights, Matters merely local or private, that a single province might direct its powers of legislation under section 92 to the introduction, maintenance and regulation of this novel apparatus for all commercial, industrial and trading operations.

37 For our present purpose, we are, once again, not in the least concerned with any question of the practicability of the scheme; which will necessarily depend, as we have seen, upon the general acceptance, by the people of Alberta, of Alberta credit as a medium of payment in intra-provincial transactions. In order to test the validity of the legislation we must, we think, envisage the plan in practice as the statute contemplates it.

38 Our conclusion is that it is not within the power of the province to establish statutory machinery with the functions for which this machinery is designed and to regulate the operation of it. Weighty reasons could be urged for the conclusion that, as subject matter of legislation, in part at least, it comes within the field designated by "Currency" (no. 14 of section 91). We think the machinery in its essential components and features comes under head no. 15, Banks and Banking; and if the legislation is not strictly within the ambit of no. 14 or no. 15, or partly in one and partly in the other, then we are satisfied that its subject matter is embraced within category no. 2, Trade and Commerce, and that it does not come within section 92.

39 First, as to banking. A banker has been defined as "a dealer in credit." True, in ordinary speech, bank credit implies a credit which is convertible into money. But money as commonly understood is not necessarily legal tender. Any medium which by practice fulfils the function of money and which everybody will accept in payment of a debt is money in the ordinary sense of the words even although it may not be legal tender; and this statute envisages a form of credit which will ultimately, in Alberta, acquire such a degree of confidence as to be generally acceptable, in the sense that bank credit is now acceptable; and will serve as a substitute therefor.

40 Sections 31 and 33, which have been quoted above, are most important in this connection.

41 Furthermore, sections 32, 34 and 35 (1) all contemplate the maintenance and control of credit by operations which would appear to be substantially banking operations.

42 It will be observed that full powers are vested in the Commission to give effect to the general provisions of the Act by regulation; and that, moreover, the Board is invested with authority to assist any proposal calculated to "equate" consumption with production; and, furthermore, that the Lieutenant-Governor in Council, by section 42, is authorized, for the purpose of giving effect to the intent and purpose of the statute, upon the request of the Board, to alter or supplement the provisions of the Act for the purpose of providing for

matters arising out of the operation of the Act for which no provision is made, provided that such change is not contrary to the policy of the Act. The "policy" of the Act, "the intent and purpose" of the Act, are sufficiently stated in the declarations quoted above.

43 Since the operation of the scheme will necessarily depend upon the general employment of Alberta credit as a means of exchange and payment, we think the argument advanced in Mr. Geoffrion's factum is a sound one, that, as regards the forms of credit vouchers and discount vouchers and transfers, and the administration of the Credit House and the transaction of business as between the Credit House and its customers, provision will presumably be made in exercise of these powers for facilitating in as high degree as possible the use of Alberta credit for all the purposes of trade and commerce within Alberta; and that the forms of dealing in credit, which by long experience have commended themselves to the banking, financial and commercial community as the most convenient, will be followed as far as practicable. It is fair to infer, we think, that this is what the statute contemplates.

44 In substance, we repeat, this system of administration, management and circulation of credit (if, and in so far as it does not fall under the denomination "Currency") constitutes in our view a system of "banking" within the intendment of section 91; and the statute in our opinion is concerned with "banking" in that sense.

45 There is, if the subject matter of the statute is not strictly "currency" or "banking," or both, an alternative view of the character of it. Employing the words in their ordinary sense and detached from their context in the *British North America Act*, nobody would hesitate to say that *The Alberta Social Credit Act* is concerned with "trade and commerce." It provides the machinery for a novel system of credit and contemplates the separation of intraprovincial industry, commerce and trade from the existing system of finance (in which bank credit and legal tender constitute the media of payment); and the conduct of industrial, commercial and trading activities by the instrumentality of this new system of credit through this statutory machinery; and this would appear to involve profound and far-reaching changes in the operations of commerce and trade. In this connection the comprehensive terms of section 36 (b) should be recalled. Any proposal reported to the Board by the Commission pursuant to that section can, under the powers of section 42, be given the force of statute by the Lieutenant-Governor in Council, even though that should involve an amendment of the Act. These two sections afford striking evidence of the penetrating and far-reaching character of the activities of the Board and the Commission in relation to commerce, industry and trade which the authors of the legislation had in view.

46 Such legislation, if not legislation in respect of banking or currency, would appear to be concerned with the regulation of trade and commerce, rather than with property and civil rights or matters merely local or private in the province.

47 This brings us to the question: Is such a classification forbidden by the context, or by any restriction imposed in consequence of considerations derived from the enactments and the declarations of the B.N.A. Act as a whole?

48 In deciding this question, we must, of course, consult the pronouncements of the Courts. It has been settled in a series of decisions that the literal meaning of the words "Regulation of Trade and Commerce" must be restricted

in order to afford scope for powers which have been given exclusively to the provincial legislatures (*Bank of Toronto v. Lambe*⁴).

It will not be necessary to review these decisions at length. The concrete questions there brought into controversy can be briefly stated. They concerned the authority of the Dominion under section 91(2) to legislate in relation to local railways and undertakings, which are specifically dealt with in section 91(29) and section 92(10) (*Montreal Street Railway case*)⁵; in relation to the regulation of a particular business (*Insurance Reference*)⁶; in relation to a commission appointed by the Government of Canada and empowered to make orders directed to particular traders in a given town controlling them in respect of the prices of commodities offered by them for sale in such town (*In re Board of Commerce Act*)⁷; in relation to the public investigation of disputes between individual employers and their workers and the prohibition of strikes and lockouts pending such investigation (*Toronto Electric Commissioners v. Snider*)⁸.

49 These comprise the principal relevant decisions prior to the judgment of the Privy Council in 1937 in *re Natural Products Marketing Act*⁹ to which we are about to refer; and if attention be directed to the thing which was the actual subject of decision, rather than to what was said, it will be found that they are completely and accurately summed up in the observation of Lord Atkin in *A.-G. for B.C. v. A.-G. for Canada*¹⁰ in these words:

the regulation of trade and commerce does not permit the regulation of individual forms of trade or commerce confined to the province.

In our opinion, there is no kind of analogy between the legislation under review in any of these cases and *The Social Credit Act*. Neither the object of that Act, as stated in the explicit declarations quoted, nor the effect of it, if it be operative, is the regulation of any particular form of business, unless it is legislation on the subject of banking. Nor does the statute attempt the regulation of particular trades or of forms of trade or commerce through a general authority committed to a single regulating body, as in the *Board of Commerce* case¹¹ and in the *Reference re the Natural Products Marketing Act*¹². Nor is it a statute,

such as the *Sales of Goods Act*, declaring the legal rights of parties in relation to trading or commercial transactions. It attempts, as we have said, to effect a radical reorganization of the whole system of trade and commerce within the province by the substitution of a novel system of credit for the present financial system under which the operations of trade, industry and commerce are now conducted.

50 Can it be said that this view ascribes to the Regulation of Trade and Commerce a meaning and effect which unduly restricts the ambit of the powers given under section 92 — which fails, in the words quoted above from the judgment in *Bank of Toronto v. Lambe*¹³, to

afford scope for powers which are given exclusively to the provincial legislatures?

51 The conclusion, we have already indicated, that the subject matter of this legislation would appear more naturally to fall within category no. 2 of section 91 than within section 92 under either Property and Civil Rights or Matters merely local and private, is fortified by reference to the general nature of other classes of subjects assigned to the Dominion. Assuming that the subject-matter does not fall within the more specific categories mentioned (Banking and Currency), it is closely allied to such matters. We can see, we repeat, no reason for ascribing it to nos. 13 and 16 of section 92. Where you have in the enumerated subdivisions of section 91 language which is apt for the designation of a particular matter, then you are not entitled to exclude that matter from the category so defined in the absence of some very cogent reason. The reason indicated above (the risk of unduly restricting the scope of powers intended to be vested in the provinces) which led to the exclusion from this category of the regulation of individual forms of trade and commerce, and of contracts in particular trades, and the regulation of the relations of masters and servants, have no application here; because an inspection of the structure and language of sections 91 and 92, and a comparison of the subjects of the two sections, reveals no justification for the assumption that the subject matter of this legislation belongs to any type of matters which it could have been intended to commit to the legislative jurisdiction of a single province.

52 We have discussed the principal decisions upon the scope of head no. 2 of section 91. It remains to consider some observations contained in the judgments in three of those cases, — the *Montreal Street Railway* case¹⁴, the *Board of Commerce* case¹⁵ and *Toronto Electric Commissioners v. Snider*¹⁶. In the judgments in the two last-mentioned cases a view was expressed which had been adumbrated in the first of them and which can be given in a sentence from the judgment in *Toronto Electric Commissioners v. Snider*¹⁷. It is to this effect:

It is in their Lordships' opinion now clear that excepting so far as the power can be invoked in aid of capacity conferred independently under other words in s. 91, the power to regulate trade and commerce cannot be relied on as enabling the Dominion Parliament to regulate civil rights in the provinces.

53 It is difficult, no doubt, to reconcile this view with the concluding paragraph of section 91 already discussed; nevertheless, in a judgment delivered in *Re the Natural Products Marketing Act*¹⁸ we unanimously expressed the opinion, and our judgment proceeded in part, at least, upon the hypothesis, that we were bound by this pronouncement in the judgment in *Snider's* case¹⁹ and by similar pronouncements in the *Board of Commerce* case²⁰, as expressing the *ratio decidendi* of those decisions. It is clear now, however, from the reasons for judgment in *A.-G. for Ontario v. A.-G. for Canada*²¹ that the Regulation of Trade and Commerce must be treated as having full independent status as one of the enumerated heads of section 91. The judgment states, referring to the former *Trade Mark Act* of 1927, that it gave.

to the proprietor of a registered trade mark the exclusive right to use the trade mark to designate articles manufactured or sold by him. It creates, therefore, a form of property in each province and the rights that flow therefrom. * * * If challenged one obvious source of authority would appear to be the class of subjects enumerated in s. 91 (2), the Regulation of Trade and Commerce, referred to by the Chief Justice. There could hardly be a more appropriate form of the exercise of this power than the creation and regulation of a uniform law of trade marks.

54 This judgment recognizes the necessity of keeping the actual language of sections 91 and 92 constantly in view in applying the enactments of those sections. Paraphrases of the words of head no. 2 of section 91 have been found useful in particular cases for assigning to that head a function in the scheme of these sections which would not result in defeating one main purpose of the B.N.A. Act by substantially impairing the autonomy of the provinces in respect of matters of purely provincial concern. But such paraphrases were not framed in light of the possibility of such legislation as that now before us. Such legislation was not in the minds of the great judges who adopted them. And since in none of the cases was it strictly necessary to draw an abstract line fixing the limits of the category in question, these formulae ought not to be treated as substitutes for the words of section 91, when, as now, a totally new type of legislation has to be considered; in relation to which it would be extravagant to suggest that any question of impairment of such autonomy arises.

55 It remains to add that the circumstance that the statute operates only within the boundaries of the province is, in the view expressed above, immaterial.

56 This Act, in common with *The Credit of Alberta Regulation Act*, contains a section which it will be convenient to discuss here. It is section 50 and is in these words:

No provision of this Act shall be so construed as to authorize the doing of any act or thing which is not within the legislative competence of the Legislative Assembly.

57 Speaking of similar provisions in *Rex v. Nat Bell Liquors, Ltd.*²², Lord Sumner said:

In their Lordships' opinion the real question is whether the Legislature has actually interfered with interprovincial or with foreign trade. The presence or absence of an express disclaimer of any such interference may greatly assist where the language of the Provincial Legislature does not in itself determine the question and define its effect. If, however, it is otherwise clear that there is such an interference, or that there is none and the language actually used sufficiently decides that question, there is no such sovereign efficacy in such a clause as s. 72 as to make its presence or absence in an enactment crucial.

58 Since, in our opinion, the substantive enactments of the statute are *ultra vires* and the statute as a whole is void as constituting an attempt to set up and provide for the regulation of the machinery for a system of credit in the sense explained, s. 50 would appear, in the view expressed by the Judicial Committee, to be of no significance, as having nothing to operate upon.

59 Section 50 is of an entirely different character from that in question in *A.G. for Manitoba v. Manitoba Licenseholders Ass'n*²³.

60

.....

61 We come now to the bills submitted. The first to be considered is Bill no. 8, "The Credit of Alberta Regulation Act, 1937."

62 In view of what has already been said, this statute is *ultra vires* on a narrow ground. It is a licensing statute, not in the sense that it imposes taxation by way of licence, but in the sense that the licensing authority is used for the purpose of regulating the institutions to which the statute relates; that is the pith of it, and the licensing authorities are the Provincial Credit Commission and the Social Credit Board, the commission and the board constituted under *The Alberta Social Credit Act*; and the narrow point is this: In the view already expressed, *The Alberta Social Credit Act* is *ultra vires*. The machinery it professes to constitute cannot, therefore, come into operation. Consequently, *The Credit of Alberta Regulation Act* which can only take effect through that machinery must necessarily be inoperative. Furthermore, it is quite plain, not only from the preamble of *The Credit of Alberta Regulation Act*, but also from its enacting provisions, that it is a part of the general scheme of legislation of which *The Alberta Social Credit Act* is really the basis; and that statute being *ultra vires*, ancillary and dependent legislation falls with it.

63 The broader ground upon which we think this legislation is *ultra vires* is this: First, it is legislation in relation to Banking. In the alternative, it is legislation in relation to the Regulation of Trade and Commerce within the meaning of section 91 (2) of *The British North America Act*.

64 The statute contains no express definition of "credit." Nevertheless, the language itself in which the enactments of the statute are expressed appears to afford indicia from which it is not difficult to ascertain the kind of credit the statute contemplates. First, we have the declaration that a "credit institution" is a person or corporation whose business or any part of whose business is the business of dealing in credit. The credit we are concerned with, therefore, is something which is dealt with as part of a business.

65 Then, by clause (b), a business of this kind consists in transactions whereby such "credit is created, issued, lent * * * provided * * * by means of book-keeping entries" or "dealt in" by such means. Further, the credit is of such a character that these transactions occur in relation to it: "the payment of cheques (which have been) made, drawn or paid in by customers," the payment of other negotiable instruments which have been similarly dealt with by customers and "the making of advances and the granting of overdrafts."

66 We are concerned, for the present, with ascertaining the effect of clause (a) and of clause (b) minus the last member.

67 Perhaps it is convenient at the outset to refer to the recital which is in these words:

Whereas the extent to which property and civil rights in the province may be enjoyed depends upon the principles governing the monetization of credit and the means whereby such credit is made available to the province and to the People collectively and individually of the province.

68 "Monetization of credit" does not seem to be a very precise expression, but it does point to the conclusion that the credit with which the statute is concerned is credit in a form in which it can be employed for the purposes of money.

69 Now, the language of clause (b), excluding, of course, the last member, is perfectly sensible as applied to bank credit. A banker is a dealer in credit. Bank credit has, in ordinary usage, the meaning which is ascribed to it in the following paragraph in the chapter on the Creation of Credit in the late Mr. Walter Leaf's volume on Banking in the Home University Library, a chapter added in the last edition by Mr. Ernest Sykes, secretary to the Institute of Bankers:

The word credit is used in a variety of meanings between which it is not at the moment necessary to distinguish. Suffice it to say that when the creation of credit is discussed there is general agreement that by credit is meant banker's credit, that is to say, the right to draw cheques on a bank. The exercise of this right involves either the withdrawal from the bank of legal tender, in the shape of bank notes or silver and bronze coin, or the transfer of such a right to some other person in the books of the same or another bank.

70 In a well-known book, published in 1890 (Macleod, Theory of Credit, p. 368-9), it is said:

When a customer pays in money into his account in the usual way of business, he sells it to the banker. * * *

In exchange for the money the banker makes an entry of an equal sum in credit in favour of his customer. And it is the entry to the credit of the customer which, in the technical language of modern banking is termed a deposit * * *

So when a banker discounts a bill for a customer he buys it exactly in the same way as he bought money from his customer. He creates a credit in his books in favour of his customer. And this credit created to purchase the bill is termed a deposit equally as the credit created to purchase the money * * * A deposit is simply a credit in the banker's books. It is the evidence of the right of action which a customer has to demand a sum of money from the banker. As soon as the banker has created a credit, or deposit, in his books in favour of a customer he has issued to him a right of action against himself.

71 It is needless to say, perhaps, that we are not in the least concerned here with controversies about the creation of credit by bankers, touching the limits of the power of bankers in this respect, and the conditions to which the power is subject. Everybody concedes that bankers do create credit in the sense of the paragraphs just quoted. Moreover, it is not in conflict with usage to speak of such credit being "credit created, issued, lent, provided or dealt in by means of book-keeping entries."

72 Such language, properly understood, not incorrectly describes the practice followed in banking transactions. Speaking generally, bank credit transferable on demand and so available for commercial purposes is evidenced by book-keeping entries, and it is upon the evidence and authority of such entries that the banker and his employees daily and hourly act in the business of the bank. Such entries are for practical purposes the record as well as the evidence of the creation of bank credit and it is by means of them that such credit as a medium of payment and exchange is transferred, disbursed and dealt in.

73 Then, the transactions enumerated in the second member of the clause are all defined as transactions relating to "credit created, issued, lent, provided or dealt in by means of book-

keeping entries" in course of the business of dealing in credit. In this country, the functions of temporary lending and the provision of transferable credits as a means of payment are performed together as a matter of course.

74 But it is important to emphasize that, while the payment of customers' cheques and other negotiable instruments and the making of advances and the granting of overdrafts are enumerated in the second member of the clause, they are all transactions having relation to some "credit created * * * or dealt in by means of book-keeping entries."

75 The essential feature of the business of dealing in credit, therefore, is, by this definition, the creation of credits and the dealing in credits by means of book-keeping entries and these related transactions. It should be noted also that, from the persons carrying on the business of dealing in credits so defined is excepted the Bank of Canada; and clause (b), with the last member left out of consideration, has unquestionably the effect of designating transactions which are the transactions of somebody who is carrying on business in banking. We are unable to read this language as extending to transactions which are not of that character. It was suggested that the transactions of a bill broker or a person engaged in discounting bills or making advances on the credit of bills or promissory notes would fall within it, but this leaves entirely out of account the all important limitation that the business of dealing in credit, by definition, is the business of somebody who is engaged in transactions of the kind specified but with the qualification that such transactions are effectuated by means of "book-keeping entries." Such language, properly understood, finds, as we have seen, a reasonable application in designating the transactions of a banker but, so far as we are aware, it has no application to the business of a bill broker or to that of a money lender who is not a banker.

76 It should be observed that the statute applies only to credit institutions which are carrying on business when the Act comes into force, that is, when assented to.

77 We come now to the final member expressed in these words:

but does not include transactions which are banking within the meaning of the word "banking" as used in subhead 15 of section 91 of *The British North America Act , 1867.*

78 We repeat, clause (b) consists of a single sentence containing what professes to be a definition of "business of dealing in credit" as employed in the statute. The words just quoted are part of that definition. If effect is given to them, they completely destroy everything which precedes them in that definition. They reduce the definition to the single proposition that the "business of dealing in credit" in the Act "does not include transactions which are banking within the meaning of the word 'banking' as used in subhead 15 of section 91 of *The British North America Act, 1867 .*"

79 We have come to the conclusion that we have here one of those cases in which there is a repugnancy of such a character that the last words, if any effect is to be given them, really empty the clause of all meaning as a definition and the statute of its intended effect and must be disregarded. (*The Case of Alton Woods*²⁴; *Clelland v. Ker*²⁵, and *Drury* 227).

80 If we should be wrong in this view of the construction of section 2(b), in other words, if, giving full effect to the last sentence, there is still some content left in the phrase "business of dealing in credit" then the subject-matter of the statute would appear to be within the category Regulation of Trade and Commerce within the meaning of section 91(2). We think it plain that "credit" (if not strictly confined to bank credit) here means credit which is dealt in as bank credit is dealt in, not such a credit, for example, as is created by a purchase of goods on credit in the ordinary course of business, but credit which is created, issued and so forth for the purpose of being dealt with as such.

81 In our opinion, legislation regulating credit from the aspect and with the purpose disclosed by the provisions of the statute as a whole, read in light of the preamble and of the cognate statutes and bills, (if it is not banking legislation) is legislation respecting matters which fall strictly within Trade and Commerce and not within any of the matters contemplated as subjects of provincial legislation within the meaning of section 92.

82 Section 7 of the statute is, in terms, identical with section 50 of the Social Credit Act and the observations with regard to that section apply equally to section 7.

83 The answer, therefore, to the question concerning this Bill is that it is *ultra vires*.

84

.....

85 The next Bill to be considered is that respecting the Taxation of Banks: The question to be determined in relation to this Bill is this: Is it an enactment in exercise of the provincial power to raise a revenue for provincial purposes by direct taxation, or is it legislation which, in its true character, relates to Incorporation of Banks and Banking.

86 The judgment of the Judicial Committee in *Union Colliery Co. of B.C., Ltd. v. Bryden*²⁶ is sufficient authority for the proposition that the answer to this question is to be found by ascertaining the effect of the legislation in the known circumstances to which it is to be applied.

87 The rate of taxation is an annual rate of one-half of one per cent on the paid-up capital and one per cent upon the amount of the reserves as well as upon the amount of the undivided profits. It is proper, we think, to test the effect of the legislation by considering the case of a

bank — the Bank of Montreal, for example — which carries on business in every province of Canada as well as in many other places in North America and elsewhere.

88 The population of Alberta, in round numbers, is 800,000 and that of the Dominion, in round numbers, 10,000,000. The ratio of the first figure to the second is expressed by the fraction two twenty-fifths. It is not, we think, for our present purposes an inaccurate assumption that the volume of business carried on by such a bank in Alberta would bear a ratio to the total business of the bank in Canada not materially greater than the ratio of the Alberta population to the population of the Dominion. The annual tax, therefore, in the case of such a bank of one-half of one per cent upon the paid-up capital may be regarded as a charge upon two twenty-fifths of its total business; and, in respect of its reserves and undivided profits, one per cent, borne by the same part of its business. Indeed, it is pretty obvious that the fraction two twenty-fifths expresses a considerably higher ratio than a figure strictly in accord with the facts. This would appear to give a fair and reasonable point of view for obtaining a just idea of the practical effect of such taxation.

89 It is plain, of course, that if such a bank were subjected to such a levy in each of the provinces but on a scale varying with the business done in the province, or the population of the province, the total levy charged upon its business throughout the Dominion would amount to an annual impost of six and one-quarter per cent upon its paid-up capital and twelve and one-half per cent upon each of the other funds — the reserves and the undivided profits.

90 In our opinion, it requires no demonstration to show that such a rate of taxation must be prohibitive in fact and must be known to the Alberta legislature to be prohibitive. It is our duty, as judges, to take judicial notice of facts which are known to intelligent persons generally; and any suggestion that the profits of banking as carried on in Canada could be such as to enable banks to pay taxes to the provinces of such magnitude, having regard to the other burdens, such as municipal rates, which are levied upon them in Canada, as well as the taxes paid in foreign countries, would be incontinently rejected by anybody possessing the most rudimentary acquaintance with affairs.

91 Now, this tax upon banks is of proportions which have no parallel in the Alberta system of taxation. In the same year there was a substantial increase in the taxes levied upon corporations generally, including banks. This levy now in question which was imposed later is directed exclusively against banks.

92 Such legislation, in effect prohibitive, although in form relating to taxation is, in truth, legislation "directed to," to quote the phrase of Lord Haldane in *Wharton's case*²⁷, controlling the banks in the conduct of their business, by forcing upon them a discontinuance of business, or otherwise. Such legislation, notwithstanding its form, is not within the powers

of the provinces under section 92 because its subject-matter in truth is the Incorporation of Banks and Banking, one of the enumerated heads of section 91 (no. 15). The concluding paragraph of section 91 is explicit.

Their Lordships made reference to the circumstance that the concluding words of s. 91 of *The British North America Act*, "Any matter coming within any of the classes of subjects enumerated in this section shall not be deemed to come within the class of matters of a local or private nature comprised in the enumeration of the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces," render it necessary to do more than ascertain whether the subject-matter in question apparently falls within any of the heads of s. 92. As is now well settled the words quoted apply, not only to the merely local or private matters in the province referred to in head 16 of s. 92, but to the whole of the sixteen heads in that section: *A.-G. for Ontario v. A.-G. for Canada*²⁸.

This is the language of the Judicial Committee in *Great West Saddlery Co. v. The King*²⁹.

93 The chartered banks in Alberta exercise their powers under the authority of a Dominion statute, the *Bank Act*. By that statute, a system of banking is set up by the Parliament of Canada and provision is made for the incorporation of individual banks which, on compliance with the statutory conditions, are entitled to carry on business subject to the provisions of the statute. This system of banking has been created by the Parliament of Canada in exercise of its plenary and exclusive authority in relation to that subject, and any legislation by a province which, to quote again the phrase of Lord Haldane, is "so directed by the provincial legislatures" as either directly or indirectly to frustrate the intention of the *Bank Act* by preventing banks carrying on their business or controlling them in the exercise of their powers must be invalid (*G.W. Saddlery v. The King*³⁰).

94 This view of the effect of the legislation is greatly strengthened by the obvious relation of the Bill to the scheme of legislation to which the other Bills already discussed belong. This relation between the Bill in question and the Social Credit legislation as a whole enables us in some degree to understand a measure which would otherwise be simply incomprehensible.

95 There are two other points to which we think it advisable to refer briefly. As regards the excessive magnitude of the tax, the question may be asked: Where are you to draw the line? The answer to that is, any attempt to draw an abstract line is difficult and, in dealing with questions of the kind before us, it is inadvisable to attempt it unless it be absolutely necessary. This case presents no such necessity. It is plain on the face of the Bill that the purpose of it is not to raise a revenue for provincial purposes, and equally plain that taxation of this character throughout Canada, if operative, would completely frustrate the purposes of the *Bank Act*.

96 The next point concerns the decision of the Judicial Committee in the *Bank of Toronto v. Lambe*³¹. In that case counsel on behalf of the bank strongly pressed upon their Lordships the view upon which the Supreme Court of the United States acted in a series of cases (*McCulloch v. Maryland*³²; *Osborn v. United States Bank*³³; *Railroad Co. v. Peniston*³⁴) that since, in the words of the famous dictum of Chief Justice Marshall "the power to tax involves the power to destroy," the states must be held to be deprived of the power to tax the instrumentalities of the Federal government.

97 Their Lordships declined to apply this principle of interpretation to *The British North America Act* partly, it would appear, on the ground that the legislation of the provinces is subject to control by the Dominion through the power of disallowance. But the tax there in question had no sort of resemblance to that we are now considering and the question now before us did not there arise. Taxation of such a magnitude as to crush banks out of existence was put as a bare possibility and their Lordships declined to hold that such a possibility was sufficient for denying the provinces the power to exercise the right of taxation in a legitimate way.

98 In *Caron v. The King*³⁵, Lord Phillimore, speaking on behalf of the Judicial Committee, quoted with approval a passage from the judgment of Davies C.J. (then Davies J.) in *Abbott v. City of Saint John*³⁶ in these words:

The province does not attempt to interfere directly with the exercise of the Dominion power, but merely says that, when exercised, the recipients of the salaries shall be amenable to provincial legislation in like manner as all other residents * * * It is said the legislature might authorize an income tax denuding a Dominion official of a tenth or even a fifth of his official income, and, in this way, paralyse the Dominion service and impair the efficiency of the service. But it must be borne in mind that the law does not provide for a special tax on Dominion officials but for a general undiscriminatory tax upon the incomes of residents and that Dominion officials could only be taxed upon their incomes in the same ratio and proportion as other residents. At any rate, if, under the guise of exercising power of taxation, confiscation of a substantial part of official and other salaries were attempted, it would be then time enough to consider the question and not to assume beforehand such a suggested misuse of the power.

The judgment proceeds:

In *Great West Saddlery Co. v. The King*³⁷ provincial legislation, which had the effect of precluding Dominion trading companies from carrying on their business in the Province unless they complied with certain special terms, was held ultra vires, as calculated to abrogate the capacity or derogate from the status which it was in the power of

the Parliament of Canada to bestow; and a general principle was laid down that no provincial Legislature could use its special powers as an indirect means of destroying powers given by the Parliament of Canada.

By parity of reason the Parliament of Canada could not exercise its power of taxation so as to destroy the capacity of officials lawfully appointed by the Province.

99 The specific ground on which, in our opinion, this legislation is invalid is: It is not competent to the provinces of Canada, by the exercise of their powers of taxation, to force banks which are carrying on business under the authority of the Bank Act to discontinue business; and taxation by one province on a scale which, in a practical business sense, is manifestly prohibitive is not a valid exercise of provincial legislative authority under section 92. Such legislation, though in the form of a taxing statute, is "directed to" the frustration of the system of banking established by the Bank Act, and to the controlling of banks in the conduct of their business.

100 The answer, therefore, to the question concerning this Bill is that it is *ultra vires*.

101

.....

102 We now turn to Bill No. 9.

103 This Bill contains two substantive provisions. Both of them impose duties upon newspapers published in Alberta which they are required to perform on the demand of "the Chairman," who is, by the interpretation clause, the Chairman of "the Board constituted by section 3 of *The Alberta Social Credit Act*."

104 The Board, upon the acts of whose Chairman the operation of this statute depends, is, in point of law, a nonexistent body (there is, in a word, no "board" in existence "constituted by section 3 of *The Alberta Social Credit Act*") and both of the substantive sections, sections 3 and 4, are, therefore, inoperative. The same, indeed, may be said of sections 6 and 7 which are the enactments creating sanctions. It appears to us, furthermore, that this Bill is a part of the general scheme of Social Credit legislation, the basis of which is *The Alberta Social Credit Act*; the Bill presupposes, as a condition of its operation, that *The Alberta Social Credit Act* is validly enacted; and, since that Act is *ultra vires*, the ancillary and dependent legislation must fall with it.

105 This is sufficient for disposing of the question referred to us but, we think, there are some further observations upon the Bill which may properly be made.

106 Under the constitution established by *The British North America Act*, legislative power for Canada is vested in one Parliament consisting of the Sovereign, an upper house styled

the Senate, and the House of Commons. Without entering in detail upon an examination of the enactments of the Act relating to the House of Commons, it can be said that these provisions manifestly contemplate a House of Commons which is to be, as the name itself implies, a representative body; constituted, that is to say, by members elected by such of the population of the united provinces as may be qualified to vote. The preamble of the statute, moreover, shows plainly enough that the constitution of the Dominion is to be similar in principle to that of the United Kingdom. The statute contemplates a parliament working under the influence of public opinion and public discussion. There can be no controversy that such institutions derive their efficacy from the free public discussion of affairs, from criticism and answer and counter-criticism, from attack upon policy and administration and defence and counter-attack; from the freest and fullest analysis and examination from every point of view of political proposals. This is signally true in respect of the discharge by Ministers of the Crown of their responsibility to Parliament, by members of Parliament of their duty to the electors, and by the electors themselves of their responsibilities in the election of their representatives.

107 The right of public discussion is, of course, subject to legal restrictions; those based upon considerations of decency and public order, and others conceived for the protection of various private and public interests with which, for example, the laws of defamation and sedition are concerned. In a word, freedom of discussion means, to quote the words of Lord Wright in *James v. Commonwealth*³⁸, "freedom governed by law."

108 Even within its legal limits, it is liable to abuse and grave abuse, and such abuse is constantly exemplified before our eyes; but it is axiomatic that the practice of this right of free public discussion of public affairs, notwithstanding its incidental mischiefs, is the breath of life for parliamentary institutions.

109 We do not doubt that (in addition to the power of disallowance vested in the Governor General) the Parliament of Canada possesses authority to legislate for the protection of this right. That authority rests upon the principle that the powers requisite for the protection of the constitution itself arise by necessary implication from *The British North America Act* as a whole (*Fort Frances Pulp & Power Co. Ltd. v. Manitoba Free Press Co. Ltd.*³⁹); and since the subject-matter in relation to which the power is exercised is not exclusively a provincial matter, it is necessarily vested in Parliament.

110 But this by no means exhausts the matter. Any attempt to abrogate this right of public debate or to suppress the traditional forms of the exercise of the right (in public meeting and through the press) would, in our opinion, be incompetent to the legislatures of the provinces, or to the legislature of any one of the provinces, as repugnant to the provisions of *The British North America Act*, by which the Parliament of Canada is established as the legislative organ of the people of Canada under the Crown, and Dominion legislation enacted pursuant to

the legislative authority given by those provisions. The subject matter of such legislation could not be described as a provincial matter purely; as in substance exclusively a matter of property and civil rights within the province, or a matter private or local within the province. It would not be, to quote the words of the judgment of the Judicial Committee in *Great West Saddlery Co. v. The King*⁴⁰, "legislation directed solely to the purposes specified in section 92"; and it would be invalid on the principles enunciated in that judgment and adopted in *Caron v. The King*⁴¹.

111 The question, discussed in argument, of the validity of the legislation before us, considered as a wholly independent enactment having no relation to the *Alberta Social Credit Act*, presents no little difficulty. Some degree of regulation of newspapers everybody would concede to the provinces. Indeed, there is a very wide field in which the provinces undoubtedly are invested with legislative authority over newspapers; but the limit, in our opinion, is reached when the legislation effects such a curtailment of the exercise of the right of public discussion as substantially to interfere with the working of the parliamentary institutions of Canada as contemplated by the provisions of *The British North America Act* and the statutes of the Dominion of Canada. Such a limitation is necessary, in our opinion, "in order," to adapt the words quoted above from the judgment in *Bank of Toronto v. Lambe*⁴² "to afford scope" for the working of such parliamentary institutions. In this region of constitutional practice, it is not permitted to a provincial legislature to do indirectly what cannot be done directly (*Great West Saddlery Co. v. The King*⁴³).

112 Section 129 of *The British North America Act* is in these words:

129. Except as otherwise provided by this Act, all Laws in force in Canada, Nova Scotia or New Brunswick, at the Union, and all Courts of Civil and Criminal Jurisdiction, and all legal Commissions, Powers, and Authorities, and all Officers, Judicial, Administrative, and Ministerial, existing therein at the Union, shall continue in Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick respectively, as if the Union had not been made; subject nevertheless (except with respect to such as are enacted by or exist under Acts of the Parliament of Great Britain or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland), to be repealed, abolished, or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature of the respective Province, according to the Authority of the Parliament or of that Legislature under this Act.

113 The law by which the right of public discussion is protected existed at the time of the enactment of *The British North America Act* and, as far as Alberta is concerned, at the date on which the Alberta Act came into force, the 1st of September, 1905. In our opinion (on the broad principle of the cases mentioned which has been recognized as limiting the scope of general words defining the legislative authority of the Dominion) the Legislature

of Alberta has not the capacity under section 129 to alter that law by legislation obnoxious to the principle stated.

114 The legislation now under consideration manifestly places in the hands of the Chairman of the Social Credit Commission autocratic powers which, it may well be thought, could, if arbitrarily wielded, be employed to frustrate in Alberta these rights of the Crown and the people of Canada as a whole. We do not, however, find it necessary to express an opinion upon the concrete question whether or not this particular measure is invalid as exceeding the limits indicated above.

115 The answer to the question concerning this Bill is that it is *ultra vires*.

Cannon J. :

116 The first question referred to us by His Excellency the Governor General in Council is:

117 Is Bill No. 1 entitled "*An Act Respecting the Taxation of Banks*" or any of the provisions thereof and in what particular or particulars or to what extent *intra vires* of the legislature of the province of Alberta?

118 This bill provides that every bank which transacts business in the province of Alberta shall annually pay to His Majesty for the use of the province, in addition to any tax payable pursuant to any other Act, the following taxes, namely:

- (a) a tax of one-half of one per centum on the paid-up capital thereof;
- (b) a tax of one per centum on the reserve fund and undivided profits thereof.

119 It is claimed:

1. That the tendency of the tax is that it shall be passed on and is in reality an attempt to impose a tax on the paid up capital and reserves and profits throughout Canada and abroad and, therefore, is not "direct taxation within the province";
2. The proposed taxation would destroy or nullify the status and capacity of the banks which are Dominion corporations;
3. Taxation of the character in question, if within provincial competence and adopted by all provinces would strike at the very solvency of the banks and their ability to return moneys deposited with them.

120 The extraordinary expansion given to the recognized power of the provinces to levy direct tax for local purposes since the decision of the Privy Council in *Bank of Toronto v. Lambe*⁴⁴, notably in *Abbott v. City of Saint John*⁴⁵; *Caron v. The King*⁴⁶; *Forbes*

v. Attorney-General of Manitoba , confirmed by Privy Council⁴⁷ ; and also in *Judges v. Attorney-General of Saskatchewan*⁴⁸ must be reviewed in order to decide the question.

121 In *Bank of Toronto v. Lambe*⁴⁹ , the Privy Council said at pp. 586-587:

Then it is suggested that the legislature may lay on taxes so heavy as to crush a bank out of existence, and so to nullify the power of parliament to erect banks. But their Lordships cannot conceive that when the Imperial Parliament conferred wide powers of local self-government on great countries such as Quebec, it intended to limit them on the speculation that they would be used in an injurious manner. People who are trusted with the great power of making laws for property and civil rights may well be trusted to levy taxes. There are obvious reasons for confining their power to direct taxes and licences, because *the power of indirect taxation would be felt all over the Dominion* . But whatever power falls within the legitimate meaning of classes 2 and 9, is, in their Lordships' judgment, what the Imperial Parliament intended to give; and to place a limit on it because the power may be used unwisely, as all powers may, would be an error, and would lead to insuperable difficulties, in the construction of the Federation Act.

Their Lordships have been invited to take a very wide range on this part of the case, and to apply to the construction of the Federation Act the principles laid down for the United States by Chief Justice Marshall. Every one would gladly accept the guidance of that great judge in a parallel case. But he was dealing with the constitution of the United States. Under that constitution, as their Lordships understand, each state may make laws for itself, uncontrolled by the federal power, and subject only to the limits placed by law on the range of subjects within its jurisdiction. In such a constitution Chief Justice Marshall found one of those limits at the point at which the action of the state legislature came into conflict with the power vested in Congress. The appellant invokes that principle to support the conclusion that the Federation Act must be so construed as to allow no power to the provincial legislatures under section 92, which may by possibility, and if exercised in some extravagant way, interfere with the objects of the Dominion in exercising their powers under section 91. It is quite impossible to argue from the one case to the other. Their Lordships have to construe the express words of an Act of Parliament which makes an elaborate distribution of the whole field of legislative authority between two legislative bodies, and at the same time provides for the federated provinces a carefully balanced constitution, under which no one of the parts can pass laws for itself except under the control of the whole acting through the Governor-General. And the question they have to answer is whether the one body or the other has power to make a given law. If they find that on the due construction of the Act a legislative power falls within section 92, it would be quite wrong of them to deny

its existence because by some possibility it may be abused, or may limit the range which otherwise would be open to the Dominion parliament."

122 In the *Forbes* case⁵⁰, I urged that the whole question should be reconsidered and I gave some reasons why provincial interference with the exclusive federal power of fixing the salaries of Dominion civil servants could not be upheld. I said, at page 75:

Can it be denied that, under existing conditions in Canada since the war, the reduction of the salaries of Dominion employees in proportion to the needs of the provinces or municipalities, which in some cases are very great and are increasing alarmingly, would, if added to the reductions imposed by the Dominion Parliament, amount to confiscation of a substantial part thereof and would as a necessary consequence seriously impair the efficiency, *morale* and economic independence of the national service? It is a patent fact to anyone conversant with Canadian conditions, and any attempt by a Province to confiscate, even in part, the stipend fixed by Parliament, whatever name may be given to the operation, under whatever disguise it may be presented, is an unauthorized assumption of a power which is essentially national in its scope and operation and is expressly denied to the Province by the last phrase of section 91. The Dominion alone can fix the salaries; and once fixed, they cannot be changed or reduced by the Province. According to elementary common sense, without the necessity of recourse to learned legal distinctions or disquisitions, a salary minus a tax of 2, 5 or 10 per cent is a reduced salary *pro tanto*. Such reduction in the case of Dominion servants can be effected by Parliament only in the exercise of its exclusive jurisdiction under head (8) of 91. Now the respondent contends that the Act contemplates and contains such an interference.

123 The majority of this Court and the Judicial Committee refused to reconsider the conclusions reached about this power of taxation in the cases of *Abbott v. City of Saint John*⁵¹ and *Caron v. The King*⁵². I quote the following from the judgment of My Lord the present Chief Justice⁵³:

In *Abbott v. City of Saint John*⁵⁴, this Court had to consider the judgment of the very able judges who decided *Leprohon v. City of Ottawa*⁵⁵ and it may be worth while to devote a sentence or two to *Leprohon's* case⁵⁶.

The trial judge was Mr. Justice Moss⁵⁷ (afterwards Chief Justice of Ontario). He proceeded upon principles which had been laid down in judgments of the Supreme Court of the United States, notably in the judgment of Marshall C.J. in *McCulloch v. Maryland*⁵⁸, the effect of which may be summed up in these words, quoted by Moss J.⁵⁹

from the judgment of Nelson J. in *Buffington v. Day*, reported *sub nom. The Collector v. Day*⁶⁰.

* * * there is no express constitutional prohibition upon the States against taxing the means or instrumentalities of the General Government; but it was held, and we agree properly held, to be prohibited by necessary implication, otherwise States might impose taxation to an extent that would impair, if not wholly defeat, the operations of the Federal authorities when acting in their appropriate sphere.'

Mr. Justice Moss himself proceeds: —

In this case the central authority, in the exercise of its appropriate functions, appointed the plaintiff to a position of emolument. In the exercise of its proper powers it assigned to him a certain emolument. This emolument the plaintiff is entitled to receive for the discharge of duties for which the Central Government is bound to provide. I do not find in the British North America Act that there is any express constitutional prohibition against the Local Legislatures taxing such a salary, but I think that upon the principles thus summarized in the case which I have just cited there is necessarily an implication that such power is not vested in the Local Legislature.

The learned judges in the Court of Appeal for Ontario base their conclusions upon the same grounds.

In *Abbott v. City of Saint John*⁶¹, four of the five judges of this Court were clearly of the view that this reasoning was not admissible for the purpose of determining the limits of the powers vested in the provinces by *The British North America Act*. Davies J. said (at p. 606): —

Time and again the Judicial Committee have declined to give effect to this anticipatory argument or to assume to refuse to declare a power existed in the legislature of the province simply because its improvident exercise might bring it into conflict with an existing power of the Dominion.

At page 618, I observed,

* * * *Leprohon v. The City of Ottawa*⁶² * * * was decided in 1877. Judicial opinion upon the construction of the *British North America Act* has swept a rather wide arc since that date; to mention a single instance only, it would not be a light task to reconcile the views upon which *Leprohon v. The City of Ottawa*⁶³ proceeded with the views expressed by the Judicial Committee in the later case of *The Bank of Toronto v. Lambe*⁶⁴. Indeed, although *Leprohon v. The City of Ottawa*⁶⁵ has not

been expressly overruled, the grounds of it have been so thoroughly undermined by subsequent decisions of the Judicial Committee, that it can, — I speak, of course, with the highest respect for the eminent judges who took part in it, — no longer afford a guide to the interpretation of the *British North America Act*.

*Abbott v. City of Saint John*⁶⁶ was approved in *Caron v. The King*⁶⁷ and both decisions are, of course, binding upon this Court.

124 In the same case of *Forbes v. Attorney-General of Manitoba*⁶⁸ Lord Macmillan, speaking for the Privy Council, answering the argument that if the provincial authorities can tax at 2 per cent the salary which a federal employee receives from the Dominion to enable him to live in the province and discharge his duties there, they can tax his salary to such an extent as to render it impossible for him to live and perform his duties, says that a similar argument in terrorem was advanced and rejected in the case of *Bank of Toronto v. Lambe*⁶⁹ and adopts Lord Hobhouse's dictum that self-governing provinces who are entrusted with the great power of making laws for property and civil rights may well be trusted to levy taxes.

125 I would also refer to the case of the *Saskatchewan Judges v. Attorney-General of Saskatchewan*⁷⁰, where the Privy Council reaffirmed, as applying to judges' salaries, the view already expounded in *Attorney-General of Manitoba v. Forbes*⁷¹, above mentioned.

126 *Prima facie*, in view of the above decision, it would, therefore, seem that the assets of the banks cannot be protected by the courts against the alleged destroying power of provincial taxation any more than salaries of Dominion civil servants or the emoluments of His Majesty's judges.

127 Where the United States Supreme Court can exercise certain powers, the decisions above quoted seem to preclude this Court from doing the same, on account of the powers reserved to the central government under our constitution. The Privy Council has set no definite limit to the legislative competence of the provinces to levy direct taxation within the province in order to the raising of revenue for provincial purposes. If such power is used unwisely or extravagantly, against the best interest of the whole of Canada, the power of disallowance by the Governor-General in Council, or, as in this case, that of reservation by the Lieutenant-Governor, acting, presumably, according to his instructions from the central government, are the only means or safety valves provided in our "carefully balanced constitution," to see that "no one of the parts can pass laws for itself except under the control of the whole acting through the Governor-General."

128 It must be borne in mind, however, that in the two cases last cited the Attorney-General of Canada did not appear before the Court, did not interfere in any way to show that, in the opinion of the Federal Government, the interests of the Dominion as a body

politic were at stake when the emoluments fixed by Parliament for the Judiciary or the civil service were reduced by provincial taxation. In the present reference, the Dominion takes a very strong stand and contends that this bill, linked with the two others, constitutes essential encroachment upon the exclusive powers of Parliament of legislating in relation to "banking, incorporation of banks and paper money" and is, therefore, *ultra vires*. Perhaps, under these altered circumstances, the Privy Council, if this matter is brought before Their Lordships, will reopen the question and reconsider the scope to be given to the decisions above quoted. They may even distinguish this reserved bill from the Quebec Act considered in *Bank of Toronto v. Lambe*⁷².

129 As to the question whether the tax is taxation within the province, "any person found within the province may legally be taxed there if taxed directly," according to *Bank of Toronto v. Lambe*⁷³, and also according to the same authority, "whether the method of assessing this tax is sound or unsound, wise or unwise, is a point on which we have no opinion, and are not called on to form one, for, if it does not carry the taxation out of the Province, it is for the legislature and not for the courts of law to judge of its expediency."

130 For my part, although I always believed that the efficiency of essentially federal services, like banking, cannot be impaired by provincial legislation, I, at first, felt myself bound by these concurrent and recent decisions to say that the Alberta Legislature is competent to enact a statute in the terms of this bill. But, after perusing with great advantage the reasons of my Lord the Chief Justice, I reach the conclusion that the bill, despite its form, does not seek to raise revenue for provincial purposes but, in its true character, aims, by erecting a prohibitive barrier, to prevent the banks from conducting their legitimate business in Alberta. Such purpose and effect must be declared *ultra vires* of the legislature of Alberta, which cannot use its special powers as an indirect means of destroying powers given by the Parliament of Canada.

131 The answer to the first question must be in the negative.

II.

132 The second question in the order of reference is the following:

Is Bill No. 8, entitled *An Act to Amend and Consolidate the Credit of Alberta Regulation Act*, or any of the provisions thereof and in what particular or particulars or to what extent *intra vires* of the legislature of the province of Alberta?

133 After a full study of the matter and as I was ready to write my opinion in answer to this question, I had the advantage of reading the careful analysis of the bill prepared by my brother Kerwin and his criticism of its different clauses. I find that I could add nothing

useful to his reasons. I agree with him and his conclusions; and I would, therefore, answer Question 2 in the negative. This Bill, if it became law, would constitute an invasion by the province of Alberta of the Dominion's exclusive power of regulating banks and banking.

III.

134 The third question put to us is the following:

Is Bill No. 9, entitled *An Act to ensure the Publication of Accurate News and Information*, or any of the provisions thereof and in what particular or particulars or to what extent *intra vires* of the legislature of the province of Alberta?

135 The order-in-council represents that it has been and is the avowed object of the present government of the province of Alberta to inaugurate in the said province a "new economic order" upon the principles or plan of the theory known as the "Social Credit"; and that the said government has since secured the enactment of several statutes more or less related to the policy of effectuating the said object. The preamble of the bill, which I will hereafter call the "Press bill" recites that it is

expedient and in the public interest that the newspapers published in the Province should furnish to the people of the Province statements made by the authority of the Government of the Province as to the true and exact objects of the policy of the Government and as to the hindrances to or difficulties in achieving such objects to the end that the people may be informed with respect thereto.

136 Section 3 provides that any proprietor, editor, publisher or manager of any newspaper published in the province shall, when required to do so by the Chairman of the Board constituted by section 3 of the *Alberta Social Credit Act*, publish in that newspaper any statement furnished by the Chairman which has for its object the correction or amplification of any statement relating to any policy or activity of the government of the province published by that newspaper within the next preceding thirty-one days.

137 And section 4 provides that the proprietor, etc., of any newspaper upon being required by the Chairman in writing shall within twenty-four hours after the delivery of the requirement

make a return in writing setting out every source from which any information emanated, as to any statement contained in any issue of the newspaper published within sixty days of the making of the requirement and the names, addresses and occupations of all persons by whom such information was furnished to the newspaper and the name and address of the writer of any editorial, article or news item contained in any such issue of the newspaper.

138 Section 5 denies any action for libel on account of the publication of any statement pursuant to the Act.

139 Section 6 enacts that in the event of a proprietor, etc., of any newspaper being guilty of any contravention of any of the provisions of the Act, the Lieutenant-Governor-in-Council, upon a recommendation of the Chairman, may by order prohibit,

- (a) the publication of such newspaper either for a definite time or until further order;
- (b) the publication in any newspaper of anything written by any person specified in the order;
- (c) the publication of any information emanating from any person or source specified in the order.

140 Section 7 provides for penalties for contraventions or defaults in complying with any requirement of the Act.

141 The policy referred to in the preamble of the Press bill regarding which the people of the province are to be informed from the government standpoint, is undoubtedly the Social Credit policy of the government. The administration of the bill is in the hands of the Chairman of the Social Credit Board who is given complete and discretionary power by the bill. "Social Credit," according to sec. 2 (b) of ch. 3, 1937, second session, of *The Alberta Social Credit Amendment Act* is

the power resulting from the belief inherent within society that its individual members in association can gain the objectives they desire;

and the objectives in which the people of Alberta must have a firm and unshaken belief are the monetization of credit and the creation of a provincial medium of exchange instead of money to be used for the purposes of distributing to Albertans loans without interest, per capita dividends and discount rates to purchase goods from retailers. This free distribution would be based on the unused capacity of the industries and people of the province of Alberta to produce goods and services, which capacity remains unused on account of the lack or absence of purchasing power in the consumers in the province. The purchasing power would equal or absorb this hitherto unused capacity to produce goods and services by the issue of Treasury Credit certificates against a Credit Fund or Provincial credit account established by the Commission each year representing the monetary value of this "unused capacity" — which is also called "Alberta credit."

142 It seems obvious that this kind of credit cannot succeed unless every one should be induced to believe in it and help it along. The word "credit" comes from the latin: *credere*

, to believe. It is, therefore, essential to control the sources of information of the people of Alberta, in order to keep them immune from any vacillation in their absolute faith in the plan of the government. The Social Credit doctrine must become, for the people of Alberta, a sort of religious dogma of which a free and uncontrolled discussion is not permissible. The bill aims to control any statement relating to any policy or activity of the government of the province and declares this object to be a matter of public interest. The bill does not regulate the relations of the newspapers' owners with private individual members of the public, but deals exclusively with expressions of opinion by the newspapers concerning government policies and activities. The pith and substance of the bill is to regulate the press of Alberta from the viewpoint of public policy by preventing the public from being misled or deceived as to any policy or activity of the Social Credit Government and by reducing any opposition to silence or bring upon it ridicule and public contempt.

143 I agree with the submission of the Attorney-General for Canada that this bill deals with the regulation of the press of Alberta, not from the viewpoint of private wrongs or civil injuries resulting from any alleged infringement or privation of civil rights which belong to individuals, considered as individuals, but from the viewpoint of public wrongs or crimes, i.e., involving a violation of the public rights and duties to the whole community, considered as a community, in its social aggregate capacity.

144 Do the provisions of this bill, as alleged by the Attorney-General for Canada, invade the domain of criminal law and trench upon the exclusive legislative jurisdiction of the Dominion in this regard?

145 The object of an amendment of the criminal law, as a rule, is to deprive the citizen of the right to do that, apart from the amendment, he could lawfully do. Sections 130 to 136 of the Criminal Code deal with seditious words and seditious publications; and sect. 133 (a) reads as follows:—

No one shall be deemed to have a seditious intention only because he intends in good faith,—

(a) to show that His Majesty has been misled or mistaken in his measures; or

(b) to point out errors or defects in the *government* or constitution of the United Kingdom, or of any part of it, or of Canada or *any province thereof*, or in either House of Parliament of the United Kingdom or of Canada, or *in any legislature*, or in the administration of justice; or to excite His Majesty's subjects to attempt to procure, by lawful means, the alteration of any matter of state; or

(c) to point out, in order to their removal, matters which are producing or have a tendency to produce feelings of hatred and ill-will between different classes of His Majesty's subjects.

146 It appears that in England, at first, criticism of any government policy was regarded as a crime involving severe penalties and punishable as such; but since the passing of Fox's Libel Act in 1792, the considerations now found in the above article of our criminal code that it is not criminal to point out errors in the Government of the country and to urge their removal by lawful means have been admitted as a valid defence in a trial for libel.

147 Now, it seems to me that the Alberta legislature by this retrograde Bill is attempting to revive the old theory of the crime of seditious libel by enacting penalties, confiscation of space in newspapers and prohibitions for actions which, after due consideration by the Dominion Parliament, have been declared innocuous and which, therefore, every citizen of Canada can do lawfully and without hindrance or fear of punishment. It is an attempt by the legislature to amend the Criminal Code in this respect and to deny the advantage of sect. 133 (a) to the Alberta newspaper publishers.

148 Under the British system, which is ours, no political party can erect a prohibitory barrier to prevent the electors from getting information concerning the policy of the government. Freedom of discussion is essential to enlighten public opinion in a democratic State; it cannot be curtailed without affecting the right of the people to be informed through sources independent of the government concerning matters of public interest. There must be an untrammelled publication of the news and political opinions of the political parties contending for ascendancy. As stated in the preamble of *The British North America Act* , our constitution is and will remain, unless radically changed, "similar in principle to that of the United Kingdom." At the time of Confederation, the United Kingdom was a democracy. Democracy cannot be maintained without its foundation: free public opinion and free discussion throughout the nation of all matters affecting the State within the limits set by the criminal code and the common law. Every inhabitant in Alberta is also a citizen of the Dominion. The province may deal with his property and civil rights of a local and private nature within the province; but the province cannot interfere with his status as a Canadian citizen and his fundamental right to express freely his untrammelled opinion about government policies and discuss matters of public concern. The mandatory and prohibitory provisions of the Press Bill are, in my opinion, *ultra vires* of the provincial legislature. They interfere with the free working of the political organization of the Dominion. They have a tendency to nullify the political rights of the inhabitants of Alberta, as citizens of Canada, and cannot be considered as dealing with matters purely private and local in that province. The federal parliament is the sole authority to curtail, if deemed expedient and in the public interest, the freedom of the press in discussing public affairs and the equal rights in that

respect of all citizens throughout the Dominion. These subjects were matters of criminal law before Confederation, have been recognized by Parliament as criminal matters and have been expressly dealt with by the criminal code. No province has the power to reduce in that province the political rights of its citizens as compared with those enjoyed by the citizens of other provinces of Canada. Moreover, citizens outside the province of Alberta have a vital interest in having full information and comment, favourable and unfavourable, regarding the policy of the Alberta government and concerning events in that province which would, in the ordinary course, be the subject of Alberta newspapers' news items and articles.

149 I would, therefore, answer the question as to Bill No. 9 in the negative.

The judgment of Crocket and Kerwin JJ., re Bank taxation Act, was delivered by Kerwin J. :

150 In an opinion released simultaneously with this, I have expressed my views with reference to Bill no. 8 of the Legislative Assembly of Alberta being *An Act to Amend and Consolidate the Credit of Alberta Regulation Act*. The first question of the three referred to in that opinion relates to what is known as Bill no. 1, *An Act respecting the Taxation of Banks*, and it is to that Bill that I now direct my attention.

151 By section 2 (a) thereof: —

(a) "Bank" means a corporation or joint stock company other than the Bank of Canada wherever incorporated and which is incorporated for the purpose of doing banking business or the business of a savings bank and which transacts such business in the province whether the head office is situate in the province and elsewhere.

152 By section 3, every bank which transacts business in the province is required to pay annually to the Minister (the Provincial Secretary) on behalf of His Majesty for the use of the province, in addition to any tax payable pursuant to any other Act, a tax of one-half of one per centum on the paid-up capital thereof, and a tax of one per centum on the reserve fund and undivided profits thereof. The Bill provides for returns to be made by every bank according to forms to be prescribed by the Minister, and contains additional sections to ensure the filing of such returns and the payment of the taxes.

153 Our attention has been called to the increase in the taxation of banks that would be effected by the provisions of this Bill. As provincial legislation stood prior to the First Session of the Alberta Legislature in 1937, the tax on all banks doing business in the province amounted to \$72,200 per annum. By chapter 57 of that session a tax was imposed which would increase the sum realized by \$140,000 per annum. The additional tax proposed by Bill 1 amounts to \$2,081,925 in each year.

154 It is argued that the magnitude of the tax proposed for this one province is such that if it were applied by each of the other provinces, it would have the effect of preventing banks from exercising their functions. That, of course, is not the situation confronting us. This Bill has been passed by the Legislative Assembly of one province only and, considering the enactment by itself, the amount of the impost is to be determined by the competent taxing authority. It is not for a court to say that a certain tax is exorbitant because, in addition to any expression of opinion being the particular or, it may be, the peculiar view of an individual judge, or even of a number of judges, that is not the function of the judiciary.

155 However, omitting any reference to other arguments which have been adduced against the power of the Alberta Legislature to enact into law such a Bill, I believe that the time has now arrived when the question left open by this Court in *Abbott v. City of Saint John*⁷⁴, must be considered. In that case, which concerned the validity of a tax by provincial legislation on a Dominion official, Davies J., dealing with the contention that provincial taxation might paralyze the Dominion Civil Service, stated: —

If, under the guise of exercising power of taxation, confiscation of a substantial part of official and other salaries were attempted, it would be then time enough to consider the question and not to assume beforehand such a suggested misuse of the power.

The decision in the *Abbott* case⁷⁵ was approved by the Judicial Committee in *Caron v. The King*⁷⁶ and in *Forbes v. Attorney-General for Manitoba*⁷⁷. As pointed out at page 270 in the latter, an argument in terrorem similar to that raised in the *Abbott* case⁷⁸ had been advanced and rejected in *Bank of Toronto v. Lambe*⁷⁹. While Davies J. left the question open, Lord Hobhouse, speaking for the Board in the *Lambe* case⁸⁰, contented himself with stating that

their Lordships cannot conceive that when the Imperial Parliament conferred wide powers of local self-government on great countries such as Quebec, it intended to limit them on the speculation that they would be used in an injurious manner.

In none of the three cases decided by the Judicial Committee, nor in the *Abbott* case⁸¹ was it suggested that the Acts in question were not true taxing enactments but it is contended at Bar that the same cannot be said of the Bill under review and it therefore becomes necessary to investigate that submission.

156 In that connection we have been referred to certain other enactments passed by the Alberta Assembly. The first of these is *The Alberta Social Credit Act*, chapter 10 of the First 1937 Session, an Act which is still in force. It is unnecessary to detail the provisions of that Act as that has been done in the opinion delivered by My Lord the Chief Justice on the validity

of Bills 1, 8 and 9. An examination of these provisions leaves no doubt in my mind that the Act is an attempt to regulate and control banks and banking as those terms are used in head 15 of section 91 of *The British North America Act*.

157 In the Second 1937 Session was passed *The Credit of Alberta Regulation Act*. The recitals in that Act are as follows: —

Whereas Bank Deposits and Bank Loans in Alberta are made possible mainly or wholly as a result of the monetization of the credit of the People of Alberta, which credit is the basis of the credit of the province of Alberta; and

Whereas the extent to which property and civil rights in the province may be enjoyed depends upon the principles governing the monetization of credit and the means whereby such credit is made available to the province and to the People collectively and individually of the province; and

Whereas it is expedient that the business of banking in Alberta shall be controlled with the object of attaining for the People of Alberta the full enjoyment of property and civil rights in the province.

158 The Act then requires, by appropriate provisions, every banker carrying on the business of banking within the province at the time of the coming into force of the Act to take out a licence, and also every employee of a bank. Except that this Act refers to banks and the business of banking, by name, and includes employees of banks, the sections are practically the same as those of Bill 8. The first and third recitals are omitted but the second is identical in each enactment. For the reasons given by me when considering Bill 8, all of which apply with even greater force to this Act, I consider the legislation would be ultra vires of the province.

159 Chapter 2, *An Act to provide for the Restriction of the Civil Rights of Certain Persons*, also passed in the Second 1937 Session, recites: —

Whereas Bank Deposits and Bank Loans in Alberta are made possible mainly or wholly as a result of the monetization of the credit of the People of Alberta, which credit is the basis of the credit of the province of Alberta; and

Whereas the extent to which property and civil rights in the province may be enjoyed depends upon the principles governing the monetization of credit and the means whereby such credit is made available to the province and to the People, collectively and individually, of the province; and

Whereas it is expedient that the business of Banking in the province shall be controlled with the object of attaining for the People of Alberta the full enjoyment of property and civil rights in the province;

Section 3 provides: —

Any person who is an employee of a banker and who is required to be licensed pursuant to any provision of "The Credit of Alberta Regulation Act" shall not while unlicensed for any reason whatsoever, be capable of bringing, maintaining or defending any action in any Court of Civil Jurisdiction in the province which has for its object the enforcement of any claim either in law or equity.

This Act would fall with the one requiring a licence to be obtained.

160 On August 17, 1937, the Governor General in Council ordered that these two Acts together with one amending the *Judicature Act* be disallowed, and such disallowance was duly signified by proclamation of the Lieutenant Governor of Alberta dated August 27, 1937, and published in the *Canada Gazette* on September 11, 1937. The Third 1937 Session was opened on September 24, 1937, and it was at this session that Bills nos. 1 and 8 were passed and on October 5, 1937, reserved by the Lieutenant Governor for the signification of the pleasure of the Governor General.

161 It would appear to be relevant at this stage to refer to *The Reciprocal Insurers* case⁸² and *In Re The Insurance Act of Canada*⁸³. The extract from the judgment in the former case, which was quoted with approval in the latter and there paraphrased, might, I think not inappropriately, be quoted and re-paraphrased for the purposes of the present inquiry. But what is even more important in my view is the statement in the former case, at page 332 of the report, that two Dominion statutes passed on the same day, one intituled *The Insurance Act, 1917*, and the other *An Act to Amend the Criminal Code* were complementary parts of a single legislative plan and were "admittedly an attempt to produce by a different legislative procedure the results aimed at by the authors of the *Insurance Act* of 1910 which in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*⁸⁴ was pronounced *ultra vires* of the Dominion Parliament." In the present reference it is not admitted by counsel for the Attorney-General of Alberta that Bill I is part of a single legislative plan but I can draw no other conclusion. It is true that none of the other legislation referred to has been previously declared beyond the competence of the provincial legislature, but I have already indicated that, in my opinion, *The Alberta Social Credit Act*, *The Credit of Alberta Regulation Act*, and *An Act to provide for the Restriction of the Civil Rights of Certain Persons* are of that character.

162 The sequence of events after the disallowance of the three Acts is so significant that I can find no escape from the conclusion that, instead of being a taxing enactment, Bill I is merely a part of a legislative plan to prevent the operation within the province of those

banking institutions which have been called into existence and given the necessary powers to conduct their business by the only proper authority, the Parliament of Canada.

163 If this view be correct, then it follows that the Bill is not one covered by the decision of this Court in the *Abbott* case⁸⁵ nor by the decisions of the Judicial Committee in the three cases mentioned, but is governed by the *Reciprocal Insurers* case⁸⁶ and *In Re The Insurance Act of Canada*⁸⁷.

164 For these reasons I would answer question 1 in the negative.

The judgment of Crocket and Kerwin JJ., re Credit Regulation, was delivered by Kerwin J. :

165 On October 5, 1937, three Bills were passed by the Legislative Assembly of the province of Alberta but were reserved by the Lieutenant-Governor for the signification of the Governor General's pleasure. Pending consideration of the advice to be tendered to the Governor General as to the propriety of signifying or withholding signification of the Royal Assent to these Bills, the Governor General in Council referred to this Court three questions as to whether these Bills, or any of the provisions thereof, and in what particular or particulars, or to what extent, were *intra vires* of the Legislature of the Province of Alberta. The Bills are numbered and intituled as follows: —

166 Bill no. 1, "An Act Respecting the Taxation of Banks."

167 Bill no. 8, "An Act to Amend and Consolidate the Credit of Alberta Regulation Act."

168 Bill no. 9, "An Act to Ensure the Publication of Accurate News and Information." I propose to consider question no. 2, referring to Bill no. 8.

169 Counsel for the Attorney-General of Canada submit that it would be *ultra vires* of the provincial legislature to enact this legislation because the subject matter falls under one or more heads of section 91 of the *British North America Act, 1867*.

170 In the factum of the Attorney-General of Canada appears a great mass of material, some of which was referred to on the argument. The admissibility and relevancy of a great part of it was objected to, but the Court heard what counsel desired to say upon the subject without determining the issues raised. None of it was relied upon by counsel for the provincial Attorney-General. Some of this material is of such a character that it is clearly relevant and admissible while other parts are just as clearly irrelevant and inadmissible. However, it is unnecessary to determine the exact line that separates the one class from the other since, after a detailed examination of the provisions of the Bill itself, I have arrived at the conclusion that the Bill *in toto* is *ultra vires* of the provincial legislature.

171 The Bill contains the following recital: —

Whereas the extent to which property and civil rights in the province may be enjoyed depends upon the principles governing the monetization of credit and the means whereby such credit is made available to the province and to the People collectively and individually of the province.

172 Section 2 is the definition section and is as follows: —

2. In this Act, unless the context otherwise requires, —

- (a) "Credit Institution" means a person or corporation whose business or any part of whose business is the business of dealing in credit;
- (b) "Business of dealing in credit" means all business transactions in the Province of a credit institution or any other person except The Bank of Canada, whereby credit is created, issued, lent, provided or dealt in by means of bookkeeping entries, in any case and at any time when the aggregate amount of all credit so created, issued, lent, provided or dealt in is in excess of the total amount of legal tender in the possession of the credit institution so creating, issuing, lending, providing or dealing in such credit: and includes the following transactions relating to any credit so created, issued, lent, provided or dealt in, namely, the "payment of cheques or other negotiable instruments made, drawn or paid in by customers, the making of advances and the granting of overdrafts; but does not include transactions which are banking within the meaning of the word 'banking' as used in subhead 15 of section 91 of The British North America Act, 1867";
- (c) "Local Directorate" means a local Directorate constituted pursuant to section 4 of this Act;
- (d) "Provincial Credit Commission" means the Commission constituted pursuant to section 4 of The Alberta Social Credit Act;
- (e) "Social Credit Board" means the Board constituted pursuant to section 3 of The Alberta Social Credit Act.

173 By subsection 1 of section 3 "every credit institution which at the time of the coming into force of this Act is carrying on the business of dealing in credit within the province" shall within twenty-one days thereafter apply for and obtain a licence from the Commission in respect of such business, and every application is to be accompanied by the necessary fee. By subsection 3 of section 3 every such application is also to be accompanied

by an undertaking whereby the applicant undertakes to refrain from acting or assisting or encouraging any person or persons to act in a manner which restricts or interferes with the property and civil rights of any person or persons within the province. By subsection 4 of section 3 the Commission is given power at any time or from time to time and without notice, to suspend, revoke or cancel the licence of any credit institution which commits a breach of the undertaking.

174 Under section 5, any credit institution which carries on the business of dealing in credit in the province without having first obtained a licence, or who violates any other provisions of the Act or the regulations made thereunder, is to incur a penalty of ten thousand dollars for each day during which it carries on business without a licence, "and every such penalty may be recovered by action brought on behalf of the Crown by the Provincial Treasurer in any court of competent jurisdiction as a debt due to the Crown." I refer to section 5 at this stage because by subsection 5 of section 3 any credit institution whose licence has been suspended, revoked or cancelled by the Commission is given a right to appeal to the Board but, as I read the concluding part of this subsection, no such right of appeal extends to any credit institution against which a judgment has been entered pursuant to section 5, on the ground or for the reason that the institution had acted, or assisted, or encouraged any person to act in a manner which restricts or interferes with the property or civil rights of any person within the province. That is, under section 5, the penalty referred to may be incurred by reason of several things but, if it happens that judgment is given for such penalty by reason of the specific matters referred to in the latter part of subsection 5 of section 3, the right which an institution would otherwise have to appeal to the Board from the suspension, revocation or cancellation of its licence by the Commission no longer exists.

175 Reverting to section 3, provision is made by subsections 6 and 7 thereof for an annual licence fee in such amount as may be fixed by the Commissioner, not exceeding an amount equivalent to one hundred dollars in respect of every building within the province in which the business of such credit institution is conducted; but, if the licence has been suspended, revoked or cancelled, the Commission may, for renewing the licence or issuing a new one, fix a fee in excess of that mentioned, provided that such increased fee is not to exceed one thousand times the fee paid or required to be paid in respect of the licence last issued to such institution.

176 By section 4 "for the purpose of preventing any act by such credit institution constituting a restriction or interference, either direct or indirect, with the full enjoyment of property and civil rights by any person within the Province", one or more Local Directorates (the number of which is to be in the absolute discretion of the Board) shall be appointed to supervise, direct and control the policy of the business of dealing in credit of such institution in respect of which such Local Directorate has been appointed. Each Local Directorate is to

consist of five persons, three of whom are to be appointed by the Board and two by the credit institution, and provision is made for the dismissal of any of the Board's appointees.

177 It will be observed that under clause A of the definition section the entire business of a "credit institution" need not be that of dealing in credit but it is sufficient if part only falls within that category. By clause (b) of section 2, an institution is dealing in credit, either wholly or in part, only when "*the aggregate amount of all credit *** is in excess of the total amount of legal tender in the possession of the credit institution.*" This is important because it is only in such an event that the "business of dealing in credit" means business transactions in the province "whereby credit is created, issued, lent, provided or dealt in by means of bookkeeping entries," and the business transactions which the Bill purports to cover are only those whereby credit is created, etc., by means of bookkeeping entries.

178 In my opinion these transactions fall within the meaning of the term "banking" as used in head 15 of section 91 of *The British North America Act*. As pointed out by Lord Watson, speaking for the Judicial Committee, in *Tennant v. Union Bank of Canada*⁸⁸, the words used in head 15 of section 91, "Banking, Incorporation of Banks, and the Issue of Paper Money," are "wide enough to embrace every transaction coming within the legitimate business of a banker." The nature of such business "is a part of the law merchant and is to be judicially noticed by the Court," per Lord Campbell, during the course of the argument in *The Bank of Australasia v. Breillat*⁸⁹, referring to *Branda v. Barnett*⁹⁰.

179 Accordingly, upon referring to the New English (Oxford) Dictionary we find that the word "credit," which is used in the Bill, is defined as "a sum placed at a person's disposal in the books of a bank, etc., upon which he may draw to the extent of the amount; any note, bill or other document, on security of which a person may obtain funds"; and at page 48 of the third volume of the 14th edition of the Encyclopaedia Britannica, under the title "Banking and Credit" appears the following paragraph: —

Banks create credit. It is a mistake to suppose that bank credit is created to any important extent by the payment of money into the banks. Money is always being paid in by tradesmen and others who receive it in the course of business, and drawn out again by employers to pay wages and by depositors in general for use as pocket money. But the change of money into credit money and of credit money back into money does not alter the total amount of the means of payment in the hands of the community. When a bank lends, by granting an advance or discounting a bill, the effect is different. Two debts are created; the trader who borrows becomes indebted to the bank at a future date, and the bank becomes immediately indebted to the trader. The bank's debt is a means of payment; it is credit money. It is a clear addition to the amount of the means of payment in the community. The bank does not lend money. The borrower can, if he pleases, take out the whole amount of the loan in money. He is in that respect in the same position as

any other depositor. But like other depositors he is likely in practice to use credit for all major payments and only to draw out money as and when needed for minor payments.

180 It is not necessary to refer to the various schools of economists with their divergent views as to the extent to which banks create credit or as to the wisdom or otherwise of a state empowering such institutions to do so. It suffices that by current common understanding a business transaction whereby credit is created, issued, lent, provided or dealt in by means of bookkeeping entries is considered to be part of the business of banking as it has been practised and developed. It is well known that in addition to creating credit banks also issue, lend, provide and deal in credit by means of bookkeeping entries.

181 That banks are contemplated by Bill 8 as being the credit institutions to be licensed seems evident from the direction in section 3, subsection 1, that an application for a licence is to be made by "every credit institution which at the time of the coming into force of this Act is carrying on the business of dealing in credit within the province"; thus envisaging only institutions of that character which are already carrying on business; and banks are the only ones answering that description under the restrictions embodied in that part of clause (b) of section 2 quoted in an earlier part of these reasons and italicized. A construction might be placed upon other provisions of the Bill that would embrace such other institutions that desired to commence the defined business, but such a construction would be strained and the other is more consonant with the evident intention of the Bill as disclosed by its terms.

182 In addition to the terms already commented on, banks are plainly indicated by the following extract from clause (b) of section 2, which follows the statement of what "business of dealing in credit" means: — "and includes the following transactions relating to any credit so created, issued, lent, provided or dealt in, namely, the payment of cheques or other negotiable instruments, made, drawn or paid in by customers, the making of advances and the granting of overdrafts." The transactions specifically mentioned form part of an ordinary banking business; and the exception of the Bank of Canada from "a credit institution or any other person," in clause (b) of section 2, strengthens the conclusion that banks are the institutions covered by the provisions of the Bill.

183 The reference in the Bill to "property and civil rights within the province" does not touch the point as almost any Act of Parliament relating to the matters assigned to its jurisdiction would affect property and civil rights, and it would still be valid. According to several decisions of the Judicial Committee, even if in some aspects the matters dealt with by this Bill could be said to fall within head 13 of section 92 (as to which I express no opinion), the final words of section 91 exclude provincial authority as the pith and substance of the Bill bring it within one of the enumerated subjects assigned to Parliament "notwithstanding anything in this Act."

184 The control to be exercised over credit institutions is far reaching. In addition to the undertaking required by every applicant for a licence and the provisions providing for a fee and an increased fee, and in addition to the powers conferred to suspend, revoke or cancel a licence, Local Directorates are to be appointed, a majority of whose members shall be nominees of the Board. Then, by section 8, the Commission, with the approval of the Lieutenant-Governor in Council, may make regulations: —

(e) prescribing the privileges, terms, conditions, limitations and restrictions to be granted to or observed by any licensee;

(f) prescribing the conditions upon which licences may be issued and providing for the revocation, suspension or withholding of licences;

185 The regulations, however, are not restricted to the matters dealt with by the Bill. While undoubtedly they could not go beyond the powers possessed by the Legislature itself, it is sufficient, according to the opening phrase of section 8, that the regulations be "not inconsistent with this Act." All these provisions are significant as indicating that the Bill is not a taxing enactment but an attempt to regulate and control every bank and the business of banking.

186 There remains for consideration the effect of the concluding phrase in clause (b) of section 2, —

but does not include transactions which are banking within the meaning of the word "banking" as used in subhead 15 of section 91 of *The British North America Act, 1867*.

and of section 7: —

No provisions of this Act shall be so construed as to authorize the doing of any act or thing which is not within the legislative competence of the legislature of the province.

187 As to the former, it is contended by counsel for Alberta that, if, omitting the concluding phrase, only banks would be covered, the entire clause is not unintelligible but there might remain in fact no institutions to which the clause could apply; that it would, therefore, be nugatory and it could not be declared to be beyond the competence of the provincial legislature to enact the Bill as a law. But it is a sound principle in the construction of enactments that the Court will not presume an intention to enact a meaningless statute or section and here the correct interpretation appears to be that banks were intended to be and are covered by the definition, and that the last part of section 2, clause (b) was added in an effort to save legislation which on the proper construction of the other provisions of the Bill is unconstitutional. The same remarks apply to section 7.

188 In *The King v. Nat Bell Liquors Ltd.*⁹¹, Lord Sumner, speaking for the Judicial Committee and discussing the effect of the repeal of a provision in the Alberta *Liquor Act* of 1916, which proposed to exclude from the operation of the Act "bona fide transactions in liquor between a person in the province of Alberta and a person in another province or in a foreign country," said at page 136: —

In their Lordships' opinion the real question is whether the legislature has actually interfered with inter-provincial or with foreign trade. The presence or absence of an express disclaimer of any such interference may greatly assist where the language of the provincial legislature does not in itself determine the question and define its effect. If, however, it is otherwise clear that there is such an interference, or that there is none, and the language actually used sufficiently decides that question, there is no such sovereign efficacy in such a clause as s. 72 as to make its presence or absence in an enactment crucial.

189 This statement would appear at first sight to be in conflict with the statement by Lord MacNaghten in *Attorney General of Manitoba v. Manitoba Licence Holders' Association*⁹², where, in dealing with the question as to the constitutionality of the Manitoba *Liquor Act* of 1900, His Lordship observes: —

The *Liquor Act* proceeds upon a recital that "it is expedient to suppress the liquor traffic in Manitoba by prohibiting provincial transactions in liquor." That is the declared object of the legislature set out at the commencement of the Act. Towards the end of the Act there occurs this section:

"119. While this Act is intended to prohibit and shall prohibit transactions in liquor which take place wholly within the province of Manitoba, except under a licence or as otherwise specially provided by this Act, and restrict the consumption of liquor within the limits of the province of Manitoba, it shall not affect and is not intended to affect bona fide transactions in liquor between a person in the province of Manitoba and a person in another province or in a foreign country, and the provisions of this Act shall be construed accordingly." Now that provision is as much part of the Act as any other section contained in it. It must have its full effect in exempting from the operation of the Act all bona fide transactions in liquor which come within its terms.

190 The principle to which Lord Sumner referred was expressed somewhat differently by Viscount Haldane in *Attorney General for Manitoba v. Attorney General for Canada*⁹³. That case had to do with the constitutionality of an Act of the Manitoba Legislature providing for the collection of a tax from persons selling grain for future delivery. At page 566 of the

report Viscount Haldane refers to the principle by which the courts determine whether a tax is direct or indirect, and explains: —

It does not exclude the operation of the principle if, as here, by s. 5, the taxing Act merely expressly declares that the tax is to be a direct one on the person entering into the contract of sale, whether as principal or as broker or agent. For the question of the nature of the tax is one of substance, and does not turn only on the language used by the local Legislature which imposes it, but on the provisions of the Imperial statute of 1867.

191 In *Attorney General for British Columbia v. Attorney General for Canada*⁹⁴, the Judicial Committee determined that the *Dominion Natural Products Marketing Act*, 1934, was *ultra vires* of the Parliament of Canada. At page 387, Lord Atkin, speaking for the Board, deals with the argument advanced that certain portions of the Act at least should be declared valid. It was urged that section 9 of the Act there under consideration was a valid exercise of the powers of the Dominion Parliament because it purported to deal only with inter-provincial or export trade; and Part 2 of the Act because it went no further than similar provisions in the *Combines Investigation Act* and was a genuine exercise of the Dominion legislative authority over criminal law; and stress was laid upon section 26 of the Act: —

If it be found that Parliament has exceeded its powers in the enactment of one or more of the provisions of this Act, none of the other or remaining provisions of the Act shall therefore be held to be inoperative or *ultra vires*, but the latter provisions shall stand as if they had been originally enacted as separate and independent enactments and as the only provisions of the Act; the intention of Parliament being to give independent effect to the extent of its powers to every enactment and provision in this Act contained.

192 At the foot of page 388 of the report his Lordship deals with this argument stating: —

There appear to be two answers. In the first place, it appears to their Lordships that the whole texture of the Act is inextricably interwoven, and that neither s. 9 nor Part II can be contemplated as existing independently of the provisions as to the creation of a Board and the regulation of products. There are no separate and independent enactments to which s. 26 could give a real existence. In the second place, both the Dominion and British Columbia in their Cases filed on this appeal assert that the sections now said to be severable are incidental and ancillary to the main legislation. Their Lordships are of opinion that this is true: and that as the main legislation is invalid as being in pith and substance an encroachment upon the Provincial rights the sections referred to must fall with it as being in part merely ancillary to it.

193 As applicable to the present case, the principle might be stated thus: — Unless certain provisions of the Bill are severable, such expressions as are found in the last part of clause (b)

of section 2 and in section 7 have no effect, if upon a consideration of the entire legislation the conclusion is reached that the subject matter dealt with is beyond the powers of the enacting authority. For the reasons given above, that is the conclusion I have arrived at and I would therefore answer question 2 in the negative.

The judgment of Crocket and Kerwin JJ. re Press Act was delivered by Kerwin J. :

194 The third question submitted to the Court by the Governor General in Council asks our opinion as to whether Bill No. 9 of the Legislative Assembly of Alberta, *An Act to Ensure the Publication of Accurate News and Information*, (hereafter referred to as the Press Bill) is *intra vires* of the legislature of that province. It has already been noted that this Bill was passed at the same time as Bills 1 and 8. After reciting that "it is expedient and in the public interest that the newspapers published in the Province should furnish to the people of the Province statements made by the authority of the Government of the Province as to the true and exact objects of the policy of the Government and as to the hindrances to or difficulties in achieving such objects, to the end that the people may be informed with respect thereto," section 2(a) defines the word "Chairman" as used in the Bill as "the Chairman of the Board constituted by section 3 of The Alberta Social Credit Act." By section 3 of the Press Bill "every person who is the proprietor, editor, publisher or manager of any newspaper published in the Province, shall, when required so to do by the Chairman, publish in that newspaper any statement furnished by the Chairman which has for its object the correction or amplification of any statement relating to any policy or activity of the Government of the Province published by that newspaper within the next preceding thirty-one days." The additional provisions of section 3 do not require our attention nor do the provisions of section 5, which prohibit any action for libel by reason of the publication of such statement.

195 Section 4 enacts that, within twenty-four hours after the delivery of a written requisition by the Chairman, every person who is the proprietor, etc., of any such newspaper shall give every source from which any information emanated, as to any statement contained in any issue of the newspaper published within sixty days of the making of the requirement. Six and seven are the penalizing sections, and whatever their effect (as to which counsel disagree) must stand or fall with the substantive sections 3 and 4.

196 The obligations imposed by these sections become operative only upon the requisition of the Chairman of a Board, which was to be constituted under the terms of another Bill which I have already indicated is, in my opinion, *ultra vires*. The peculiar situation therefore exists that, in answering the question as to one piece of legislation, it became necessary to consider the provisions of another, which was not specifically referred to the Court, and the conclusion was reached that the latter was *ultra vires* of the provincial legislature; and it is by a section of that Bill that the Board, by virtue of the actions of whose Chairman sections 3 and 4 of the Press Bill can have any operation, was established. However, the result appears

to be that the Press Bill is part of the same legislative plan that, in my opinion, is outside the powers conferred upon the provinces, and that the part must suffer the fate of the whole.

197 Other objections against the validity of the Press Bill were urged but I refrain from expressing any opinion upon them. They raise important constitutional questions, the consideration of which I prefer to postpone until the need to do so arises.

198 For the above reasons I would answer question 3 in the negative.

Hudson, J. :

199 I concur in the answers proposed by the other members of the Court on the various questions submitted in this reference.

200 It is clear that the three bills submitted are part of one legislative scheme, the central measure of which is *The Alberta Social Credit Act*. That Act has been the subject of a searching analysis by my Lord the Chief Justice and I concur in his reasons for holding that it is beyond the powers of the legislature.

201 Section ninety-one of the British North America Act allots exclusive legislative authority to the Dominion in all matters coming within the following classes of subjects:

- 91 (2) The regulation of trade and commerce;
- (14) Currency and coinage;
- (15) Banking, incorporation of banks and the issue of paper money;
- (16) Savings banks;
- (18) Bills of exchange and promissory notes;
- (19) Interest;
- (20) Legal tender.

Read together these have a cumulative effect, I think, much greater than if individual headings were taken separately. This is especially so when the object of the measure under consideration is the establishment by a province of a new economic order such as *The Social Credit Act*. So read they strongly reinforce the reasons already given against the validity of this Act.

202 It is interesting to observe that the *Bank of Canada Act*, 1934 (Dominion), establishes a central bank "to regulate credit and currency in the best interests of the economic life of the nation, to control and protect the external value of the national monetary unit and to mitigate

by its influence fluctuations in the general level of production, trade, prices and employment so far as may be possible within the scope of monetary action, and generally to promote the economic and financial welfare of the Dominion." No one doubts the constitutionality of this Act; in fact the bill entitled *An Act to amend and consolidate the Credit of Alberta Regulation Act* expressly exempts from its operations the Bank of Canada.

203 In essence the Alberta legislative scheme is one to set up a new form of credit and currency within a single province.

204 I also concur in the reasons given by my Lord the Chief Justice for holding as beyond the legislative competence of the legislature the bills entitled respectively "An Act respecting the taxation of banks", and "An Act to amend and consolidate the Credit of Alberta Regulation Act."

205 I concur in the views of the other members of the Court that the bill entitled "An Act to ensure the publication of accurate news and information" is ultra vires, because it is ancillary to and dependent upon the *Alberta Social Credit Act*, but refrain from expressing any views as to the boundaries of legislative authority as between the provinces and the Dominion in relation to the press. It is a problem with many facets with which I hesitate to deal until presented to us in a more concrete form.

Footnotes

1 [1898] A.C. 700 , at 715.

2 [1896] A.C. 348 , at 359.

3 [1921] 2 A.C. 91 , at 99.

4 (1887) 12 App. Cas. 575 , at 587.

5 [1912] A.C. 333 .

6 [1916] 1 A.C. 588 .

7 [1922] 1 A.C. 191 .

8 [1925] A.C. 396 .

9 [1937] A.C. 327 .

10 [1937] A.C. 377 , at 387.

11 [1937] A.C. 327 .

12 [1937] A.C. 327 .

13 (1887) 12 App. Cas. 575 .

14 [1912] A.C. 333 .

15 [1922] 1 A.C. 191 .

16 [1925] A.C. 396 .

17 [1925] A.C. 396 , at 410.

18 [1927] A.C. 327 .

19 [1925] A.C. 396 .

20 [1922] 1 A.C. 191 .

21 [1896] A.C. 348 , at 359.

22 [1922] 2 A.C. 128 , at 136.

23 [1902] A.C. 73 .

24 (1600) 1 Co. Rep. 40b, at 47b.

25 (1843) 6 Ir. Eq. 35.

26 [1899] A.C. 580 .

27 [1915] A.C. 343 .

28 [1896] A.C. 348 .

29 [1921] 2 A.C. 99 .

30 [1921] 2 A.C. 99 , at 100.

31 (1887) 12 A.C. 575 .

32 (1819) 4 Wheaton 436.

33 (1824) 9 Wheaton 738.

34 (1873) 18 Wallace 5.

35 [1924] A.C. 999 , at 1005-6.

36 [1908] 40 Can. S.C.R. 597, at 606-7.

37 [1921] 2 A.C. 91 .

38 [1936] A.C. 578 , at 627.

39 [1923] A.C. 695 .

40 [1921] 2 A.C. 91 , at 122.

41 [1924] A.C. 999 , at 1005-6.

42 (1887) 12 A.C. 575 .

43 [1921] 2 A.C. 91 , at 100.

44 (1887) 12 A.C. 575 .

45 (1908) 40 Can. S.C.R. 597.

46 [1924] A.C. 999 .

47 [1936] S.C.R. 40, [1937] A.C. 860 .

48 [1936] 4 D.L.R. 134, [1937] 2 D.L.R. 209 .

49 (1887) 12 A.C. 575 .

50 [1936] S.C.R. 40 , at 64 & *seq*

51 (1908) 40 Can. S.C.R. 597.

52 [1924] A.C. 999 .

53 [1936] S.C.R. 40 , at 44.

54 (1908) 40 Can. S.C.R. 597.

55 (1878) 2 Ont. App. R. 522;

56 (1878) 2 Ont. App. R. 522;

57 (1878) 2 Ont. App. R. 522;

58 (1819) 4 Wheat. 316.

59 (1878) 2 Ont. App. R. 522;

60 (1870) 11 Wallace 113, at 123-4.

61 (1908) 40 Can. S.C.R. 597.

62 (1878) 2 Ont. App. R. 522.

63 (1878) 2 Ont. App. R. 522.

64 (1887) 12 App. Cas. 575 .

65 (1878) 2 Ont. App. R. 522.

66 (1908) 40 Can. S.C.R. 597.

67 [1924] A.C. 999 .

68 [1937] A.C. 260 , at 270.

69 (1887) 12 App. Cas. 575 .

70 [1937] 2 D.L.R. 209 .

71 [1937] A.C. 260 .

72 (1887) 12 App. Cas. 575 .

73 (1887) 12 App. Cas. 575 .

74 (1908) 40 Can. S.C.R. 597.

75 (1908) 40 Can. S.C.R. 597.

76 [1924] A.C. 999 .

77 [1937] A.C. 260 .

78 (1908) 40 Can. S.C.R. 597.

79 (1887) 12 A.C. 575 .

80 (1887) 12 A.C. 575 .

81 (1908) 40 Can. S.C.R. 597.

82 [1924] A.C. 328 .

83 [1932] A.C. 41 .

84 [1916] 1 A.C. 588 .

85 [1908] 40 Can. S.C.R. 597.

86 [1924] A.C. 328 .

87 [1932] A.C. 41 .

88 [1894] A.C. 31 , at 46.

89 (1847) 6 Moo. P.C. 152 , at 173.

90 (1846) 12 Cl. & F. 787.

91 [1922] 2 A.C. 128 .

92 [1902] A.C. 73 , at 79.

93 [1925] A.C. 561 .

94 [1937] A.C. 377 .

Tab 27



88 DELWIN VRIEND and GALA-GAY AND
88 LESBIAN AWARENESS SOCIETY OF
0 EDMONTON and GAY AND LESBIAN
3 COMMUNITY CENTRE OF EDMONTON
6 SOCIETY and DIGNITY CANADA DIGNITÉ FOR
0 GAY CATHOLICS AND SUPPORTERS

88 v.

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF
ALBERTA and HER MAJESTY'S ATTORNEY
GENERAL IN AND FOR THE PROVINCE OF
ALBERTA

and

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA, THE
ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO, THE
ALBERTA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION,
EQUALITY FOR GAYS AND LESBIANS
EVERYWHERE (EGALE), THE WOMEN'S
LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND
(LEAF), THE FOUNDATION FOR EQUAL
FAMILIES, THE CANADIAN HUMAN RIGHTS
COMMISSION, THE CANADIAN LABOUR
CONGRESS, THE CANADIAN BAR
ASSOCIATION - ALBERTA BRANCH, THE
CANADIAN ASSOCIATION OF STATUTORY
HUMAN RIGHTS AGENCIES (CASHRA), THE
CANADIAN AIDS SOCIETY, THE ALBERTA
AND NORTHWEST CONFERENCE OF THE
UNITED CHURCH OF CANADA, THE
CANADIAN JEWISH CONGRESS, THE
CHRISTIAN LEGAL FELLOWSHIP, THE
ALBERTA FEDERATION OF WOMEN UNITED
FOR FAMILIES, THE EVANGELICAL
FELLOWSHIP OF CANADA and FOCUS ON THE
FAMILY (CANADA) ASSOCIATION

DELWIN VRIEND et GALA-GAY AND LESBIAN
AWARENESS SOCIETY OF EDMONTON et GAY
AND LESBIAN COMMUNITY CENTRE OF
EDMONTON SOCIETY et DIGNITY CANADA
DIGNITÉ FOR GAY CATHOLICS AND
SUPPORTERS

c.

SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DE LA
PROVINCE DE L'ALBERTA et LE PROCUREUR
GÉNÉRAL DE LA PROVINCE DE L'ALBERTA

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, LE
PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO,
L'ALBERTA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION,
ÉGALITÉ POUR LES GAIS ET LES LESBIENNES
(EGALE), LE FONDS D'ACTION ET
D'ÉDUCATION JURIDIQUES POUR LES
FEMMES (FAEJ), LA FOUNDATION FOR EQUAL
FAMILIES, LA COMMISSION CANADIENNE
DES DROITS DE LA PERSONNE, LE CONGRÈS
DU TRAVAIL DU CANADA, L'ASSOCIATION
DU BARREAU CANADIEN - DIVISION DE
L'ALBERTA, L'ASSOCIATION CANADIENNE
DES COMMISSIONS ET CONSEILS DES DROITS
DE LA PERSONNE (ACCDP), LA SOCIÉTÉ
CANADIENNE DU SIDA, L'ALBERTA AND
NORTHWEST CONFERENCE OF THE UNITED
CHURCH OF CANADA, LE CONGRÈS JUIF
CANADIEN, LE CHRISTIAN LEGAL
FELLOWSHIP, L'ALBERTA FEDERATION OF
WOMEN UNITED FOR FAMILIES,
L'EVANGELICAL FELLOWSHIP OF CANADA et
LA FOCUS ON THE FAMILY (CANADA)
ASSOCIATION

CORAM:

The Rt. Hon. Antonio Lamer, P.C.
The Hon. Madame Justice L'Heureux-Dubé
The Hon. Mr. Justice Sopinka*
The Hon. Mr. Justice Gonthier
The Hon. Mr. Justice Cory
The Hon. Madam Justice McLachlin
The Hon. Mr. Justice Iacobucci
The Hon. Mr. Justice Major
The Hon. Mr. Justice Bastarache

Appeal heard:

November 4, 1997

Judgment rendered:

April 2, 1998

Joint reasons for judgment by:

The Hon. Mr. Justice Cory
The Hon. Mr. Justice Iacobucci

Concurred in by:

The Rt. Hon. Antonio Lamer, P.C.
The Hon. Mr. Justice Gonthier
The Hon. Madam Justice McLachlin
The Hon. Mr. Justice Bastarache

Concurring reasons by:

The Hon. Madame Justice L'Heureux-Dubé

Reasons dissenting in part by:

The Hon. Mr. Justice Major

Counsel at hearing:

For the appellants:
Sheila J. Greckol
Douglas R. Stollery, Q.C.
June Ross
Jo-Ann R. Kolmes

* Sopinka J. took no part in the judgment.

CORAM:

Le très honorable Antonio Lamer, c.p.
L'honorable juge L'Heureux-Dubé
L'honorable juge Sopinka*
L'honorable juge Gonthier
L'honorable juge Cory
L'honorable juge McLachlin
L'honorable juge Iacobucci
L'honorable juge Major
L'honorable juge Bastarache

Appel entendu:

le 4 novembre 1997

Jugement rendu:

le 2 avril 1998

Motifs de jugement communs par:

L'honorable juge Cory
L'honorable juge Iacobucci

Souscrivent à l'avis de l'honorable juge Cory et de l'honorable juge Iacobucci:

Le très honorable Antonio Lamer, c.p.
L'honorable juge Gonthier
L'honorable juge McLachlin
L'honorable juge Bastarache

Motifs au même effet par:

L'honorable juge L'Heureux-Dubé

Motifs de dissidence partielle par:

L'honorable juge Major

Avocats à l'audience:

Pour les appellants:
Sheila J. Greckol
Douglas R. Stollery, c.r.
June Ross
Jo-Ann R. Kolmes

* Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

For the respondents:

John T. McCarthy, Q.C.
Donna Grainger

For the intervener the Attorney General of Canada:

Brian Saunders
James Hendry

For the intervener the Attorney General for Ontario:

Robert E. Charney

For the intervener the Alberta Civil Liberties Association:

Shirish P. Chotalia
Brian A.F. Edy

For the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE):

Cynthia Petersen

For the intervener Women's Legal Education and Action Fund (LEAF):

Gwen Brodsky
Claire Klassen

For the intervener the Foundation for Equal Families:

Raj Anand
Andrew M. Pinto

For the intervener the Canadian Human Rights Commission:

William F. Pentney
Patricia Lawrence

For the intervener the Canadian Labour Congress:

Steven M. Barrett
Vanessa Payne

For the intervener the Canadian Bar Association - Alberta Branch:

James L. Lebo, Q.C.
James F. McGinnis
Julia C. Lloyd

Pour les intimés:

John T. McCarthy, c.r.
Donna Grainger

Pour l'intervenant le procureur général du Canada:

Brian Saunders
James Hendry

Pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario:

Robert E. Charney

Pour l'intervenante l'Alberta Civil Liberties Association:

Shirish P. Chotalia
Brian A.F. Edy

Pour l'intervenante Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE):

Cynthia Petersen

Pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ):

Gwen Brodsky
Claire Klassen

Pour l'intervenante la Foundation for Equal Families:

Raj Anand
Andrew M. Pinto

Pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne:

William F. Pentney
Patricia Lawrence

Pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada:

Steven M. Barrett
Vanessa Payne

Pour l'intervenante l'Association du barreau canadien - Division de l'Alberta:

James L. Lebo, c.r.
James F. McGinnis
Julia C. Lloyd

For the intervener the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA):

Thomas S. Kuttner

Rebecca Johnson

For the intervener the Canadian AIDS Society:

R. Douglas Elliott

Patricia A. LeFebour

For the intervener the Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada:

Dale Gibson

For the intervener the Canadian Jewish Congress:

Lyle S. R. Kanee

For the intervener Christian Legal Fellowship:

Barbara B. Johnston

For the intervener the Alberta Federation of Women United for Families:

Dallas K. Miller

For the interveners Evangelical Fellowship of Canada and Focus on the Family (Canada) Association:

Gerald D. Chipeur

Cindy Silver

Pour l'intervenante l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne (ACCDP):

Thomas S. Kuttner

Rebecca Johnson

Pour l'intervenante la Société canadienne du SIDA:

R. Douglas Elliott

Patricia A. LeFebour

Pour l'intervenante l'Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada:

Dale Gibson

Pour l'intervenant le Congrès juif canadien:

Lyle S. R. Kanee

Pour l'intervenant le Christian Legal Fellowship:

Barbara B. Johnston

Pour l'intervenante l'Alberta Federation of Women United for Families:

Dallas K. Miller

Pour les intervenants l'Evangelical Fellowship of Canada et la Focus on the Family (Canada) Association:

Gerald D. Chipeur

Cindy Silver

Citations

Références

Alta. Q.B.: (1994), 18 Alta. L.R. (3d)
286, 152 A.R. 1, [1994] 6 W.W.R. 414,
94 C.L.L.C. ¶17,025, [1994] A.J. No.
272 (QL).

B.R. Alb.: (1994), 18 Alta. L.R. (3d)
286, 152 A.R. 1, [1994] 6 W.W.R. 414,
94 C.L.L.C. ¶17,025, [1994] A.J. No.
272 (QL).

Alta. C.A.: (1996), 37 Alta. L.R. (3d)
364, 181 A.R. 16, 116 W.A.C. 16,
[1996] 5 W.W.R. 617, 132 D.L.R. (4th)
595, 18 C.C.E.L. (2d) 1, 96 C.C.L.C.
¶230-013, 25 C.H.R.R. D/1, 34 C.R.R.
(2d) 243, [1996] A.J. No. 182 (QL).

C.A. Alb.: (1996), 37 Alta. L.R. (3d)
364, 181 A.R. 16, 116 W.A.C. 16,
[1996] 5 W.W.R. 617, 132 D.L.R. (4th)
595, 18 C.C.E.L. (2d) 1, 96 C.C.L.C.
¶230-013, 25 C.H.R.R. D/1, 34 C.R.R.
(2d) 243, [1996] A.J. No. 182 (QL).

vriend v. alberta

Delwin Vriend and Gala-Gay and Lesbian Awareness Society of Edmonton and Gay and Lesbian Community Centre of Edmonton Society and Dignity Canada Dignité for Gay Catholics and Supporters

Appellants

v.

Her Majesty The Queen in Right of Alberta and Her Majesty's Attorney General in and for the Province of Alberta

Respondents

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Alberta Civil Liberties Association, Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE), the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF), the Foundation for Equal Families, the Canadian Human Rights Commission, the Canadian Labour Congress, the Canadian Bar Association - Alberta Branch, the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA), the Canadian AIDS Society, the Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada, the Canadian Jewish Congress, the Christian Legal Fellowship, the Alberta Federation of Women United for Families, the Evangelical Fellowship of Canada and Focus on the Family (Canada) Association

Intervenors

Indexed as: Vriend v. Alberta

File No.: 25285.

1997: November 4; 1998: April 2.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka,* Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

on appeal from the court of appeal for alberta

Practice -- Standing -- Charter challenge -- Teacher's employment at college terminated because of his homosexuality -- Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination -- Whether appellants have standing to challenge legislative provisions other than those relating to employment -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) -- Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

Constitutional law -- Charter of Rights -- Application -- Legislative omission -- Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination -- Whether Charter applies to legislation -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32(1) -- Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2.

Constitutional law -- Charter of Rights -- Equality rights -- Provincial human rights legislation not including sexual orientation as prohibited ground of discrimination -- Whether non-inclusion of sexual orientation infringes right to equality -- If so, whether infringement justified -- Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) -- Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

* Sopinka J. took no part in the judgment.

Constitutional law -- Charter of Rights -- Remedies -- Reading in -- Non-inclusion of sexual orientation in provincial human rights legislation infringing right to equality -- Whether sexual orientation should be read into legislation -- Constitution Act, 1982, s. 52 -- Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10, 16(1).

The appellant V was employed as a laboratory coordinator by a college in Alberta, and was given a permanent, full-time position in 1988. Throughout his term of employment he received positive evaluations, salary increases and promotions for his work performance. In 1990, in response to an inquiry by the president of the college, V disclosed that he was homosexual. In early 1991, the college's board of governors adopted a position statement on homosexuality, and shortly thereafter, the president of the college requested V's resignation. V declined to resign, and his employment was terminated by the college. The sole reason given was his non-compliance with the college's policy on homosexual practice. V appealed the termination and applied for reinstatement, but was refused. He attempted to file a complaint with the Alberta Human Rights Commission on the grounds that his employer had discriminated against him because of his sexual orientation, but the Commission advised V that he could not make a complaint under the *Individual's Rights Protection Act (IRPA)*, because it did not include sexual orientation as a protected ground. V and the other appellants filed a motion in the Court of Queen's Bench for declaratory relief. The trial judge found that the omission of protection against discrimination on the basis of sexual orientation was an unjustified violation of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. She ordered that the words "sexual orientation" be read into ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* as a prohibited ground of discrimination. The majority of the Court of Appeal allowed the Alberta government's appeal.

Held (Major J. dissenting in part on the appeal): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed. The preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA* infringe s. 15(1) of the *Charter* and the infringement is not justifiable under s. 1. As a remedy, the words “sexual orientation” should be read into the prohibited grounds of discrimination in these provisions.

Per Lamer C.J. and Gonthier, **Cory**, McLachlin, **Iacobucci** and Bastarache JJ.: The appellants have standing to challenge the validity of the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA*. A serious issue as to constitutional validity is raised with respect to all these provisions. V and the other appellants also have a direct interest in the exclusion of sexual orientation from all forms of discrimination. Finally, the only other way the issue could be brought before the Court with respect to the sections of the Act other than those relating to employment would be to wait until someone is discriminated against on the ground of sexual orientation in housing, goods and services, etc. and challenge the validity of the provision in each appropriate case. This would not only be wasteful of judicial resources, but also unfair in that it would impose burdens of delay, cost and personal vulnerability to discrimination for the individuals involved in those eventual cases. Since the provisions are all very similar and do not depend on any particular factual context in order to resolve their constitutional status, there is really no need to adduce additional evidence regarding the provisions concerned with discrimination in areas other than employment.

The respondents’ argument on their cross-appeal that because this case concerns a legislative omission, s. 15 of the *Charter* should not apply pursuant to s. 32 cannot be accepted. The threshold test that there be some “matter within the authority of the legislature” which is the proper subject of a *Charter* analysis has been met. The fact that it is the underinclusiveness of the *IRPA* which is at issue does not alter the fact

that it is the legislative act which is the subject of *Charter* scrutiny in this case. Furthermore, the language of s. 32 does not limit the application of the *Charter* merely to positive actions encroaching on rights or the excessive exercise of authority. Where, as here, the challenge concerns an Act of the legislature that is underinclusive as a result of an omission, s. 32 should not be interpreted as precluding the application of the *Charter*. The application of the *Charter* to the *IRPA* does not amount to applying it to private activity. Since the constitutional challenge here concerns the *IRPA*, it deals with laws that regulate private activity, and not the acts of a private entity.

While this Court has not adopted a uniform approach to s. 15(1), in this case any differences in approach would not affect the result. The essential requirements of a s. 15(1) analysis will be satisfied by inquiring first, whether there is a distinction which results in the denial of equality before or under the law, or of equal protection or benefit of the law; and second, whether this denial constitutes discrimination on the basis of an enumerated or analogous ground. The omission of sexual orientation as a protected ground in the *IRPA* creates a distinction that is simultaneously drawn along two different lines. The first is the distinction between homosexuals and other disadvantaged groups which are protected under the Act. Gays and lesbians do not have formal equality with reference to other protected groups, since those other groups are explicitly included and they are not. The second, more fundamental, distinction is between homosexuals and heterosexuals. The exclusion of the ground of sexual orientation, considered in the context of the social reality of discrimination against gays and lesbians, clearly has a disproportionate impact on them as opposed to heterosexuals. The *IRPA* in its underinclusive state therefore denies substantive equality to the former group. By reason of its underinclusiveness, the *IRPA* creates a distinction which results in the denial of the equal benefit and protection of the law on the basis of sexual orientation, a personal characteristic which is analogous to those enumerated in s. 15(1). This, in itself, is

sufficient to conclude that discrimination is present and that there is a violation of s. 15. The serious discriminatory effects of the exclusion of sexual orientation from the Act reinforce this conclusion. The distinction has the effect of imposing a burden or disadvantage not imposed on others and of withholding benefits or advantages which are available to others. The first and most obvious effect of the exclusion of sexual orientation is that lesbians or gay men who experience discrimination on the basis of their sexual orientation are denied recourse to the mechanisms set up by the *IRPA* to make a formal complaint of discrimination and seek a legal remedy. The dire and demeaning effect of denial of access to remedial procedures is exacerbated by the fact that the option of a civil remedy for discrimination is precluded and by the lack of success that lesbian women and gay men have had in attempting to obtain a remedy for discrimination on the ground of sexual orientation by complaining on other grounds such as sex or marital status. Furthermore, the exclusion from the *IRPA*'s protection sends a message to all Albertans that it is permissible, and perhaps even acceptable, to discriminate against individuals on the basis of their sexual orientation. Perhaps most important is the psychological harm which may ensue from this state of affairs. In excluding sexual orientation from the *IRPA*'s protection, the government has, in effect, stated that "all persons are equal in dignity and rights" except gay men and lesbians. Such a message, even if it is only implicit, must offend s. 15(1).

The exclusion of sexual orientation from the *IRPA* does not meet the requirements of the *Oakes* test and accordingly cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. Where a law has been found to violate the *Charter* owing to underinclusion, the legislation as a whole, the impugned provisions, and the omission itself are all properly considered in determining whether the legislative objective is pressing and substantial. In the absence of any submissions regarding the pressing and substantial nature of the objective of the omission at issue here, the respondents have failed to

discharge their evidentiary burden and their case must thus fail at this first stage of the s. 1 analysis. Even if the evidentiary burden were to be put aside in an attempt to discover an objective for the omission from the provisions of the *IRPA*, the result would be the same. Where, as here, a legislative omission is on its face the very antithesis of the principles embodied in the legislation as a whole, the Act itself cannot be said to indicate any discernible objective for the omission that might be described as pressing and substantial so as to justify overriding constitutionally protected rights.

Far from being rationally connected to the objective of the impugned provisions, the exclusion of sexual orientation from the Act is antithetical to that goal. With respect to minimal impairment, the Alberta government has failed to demonstrate that it had a reasonable basis for excluding sexual orientation from the *IRPA*. Gay men and lesbians do not have any, much less equal, protection against discrimination on the basis of sexual orientation under the *IRPA*. The exclusion constitutes total, not minimal, impairment of the *Charter* guarantee of equality. Finally, since the Alberta government has failed to demonstrate any salutary effect of the exclusion in promoting and protecting human rights, there is no proportionality between the attainment of the legislative goal and the infringement of the appellants' equality rights.

Reading sexual orientation into the impugned provisions of the *IRPA* is the most appropriate way of remedying this underinclusive legislation. When determining whether reading in is appropriate, courts must have regard to the twin guiding principles of respect for the role of the legislature and respect for the purposes of the *Charter*. The purpose of the *IRPA* is the recognition and protection of the inherent dignity and inalienable rights of Albertans through the elimination of discriminatory practices. Reading sexual orientation into the offending sections would minimize interference with this clearly legitimate legislative purpose and thereby avoid excessive intrusion into the

legislative sphere whereas striking down the *IRPA* would deprive all Albertans of human rights protection and thereby unduly interfere with the scheme enacted by the legislature. It is reasonable to assume that, if the legislature had been faced with the choice of having no human rights statute or having one that offered protection on the ground of sexual orientation, the latter option would have been chosen.

Per L'Heureux-Dubé J.: There is general agreement with the results reached by the majority. While the approach to s. 1 is agreed with, the proper approach to s. 15(1) of the *Charter* is reiterated. Section 15(1) is first and foremost an equality provision. Its primary mission is the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. A s. 15(1) analysis should focus on uncovering and understanding the negative impacts of a legislative distinction (including, as in this case, a legislative omission) on the affected individual or group, rather than on whether the distinction has been made on an enumerated or analogous ground. Integral to an inquiry into whether a legislative distinction is discriminatory within the meaning of s. 15(1) is an appreciation of both the social vulnerability of the affected individual or group, and the nature of the interest which is affected in terms of its importance to human dignity and personhood. Section 15(1) is engaged when the impact of a legislative distinction deprives an individual or group who has been found to be disadvantaged in our society of the law's protection or benefit in a way which negatively affects their human dignity and personhood. Although the presence of enumerated and analogous grounds may be indicia of discrimination, or may even raise a presumption of discrimination, it is in the appreciation of the nature of the individual or group who is being negatively affected that they should be examined.

Per Major J. (dissenting in part on the appeal): The Alberta legislature, having enacted comprehensive human rights legislation that applies to everyone in the province, has then selectively denied the protection of the Act to people with a different sexual orientation. No explanation was given for the exclusion of sexual orientation from the prohibited grounds of discrimination in the *IRPA*, and none is apparent from the evidence filed by the province. The inescapable conclusion is that there is no reason to exclude that group from s. 7 and to do so is discriminatory and offends their constitutional rights. The words “sexual orientation” should not be read into the Act, however. While reading in may be appropriate where it can be safely assumed that the legislature itself would have remedied the underinclusiveness by extending the benefit or protection to the previously excluded group, that assumption cannot be made in this appeal. It may be that the legislature would prefer no human rights Act over one that includes sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. As well, there are numerous ways in which the legislation could be amended to address the underinclusiveness. As an alternative, given the legislature’s persistent refusal to protect against discrimination on the basis of sexual orientation, it may be that it would choose to override the *Charter* breach by invoking the notwithstanding clause in s. 33 of the *Charter*. In any event it should lie with the elected legislature to determine this issue. The offending sections should be declared invalid and the legislature provided with an opportunity to rectify them. The declaration of invalidity should be restricted to the employment-related provisions of the *IRPA*, namely ss. 7(1), 8(1) and 10. While the same conclusions may apply to the remaining provisions of the *IRPA*, this Court has stated that *Charter* cases should not be considered in a factual vacuum. The declaration of invalidity should be suspended for one year to allow the legislature an opportunity to bring the impugned provisions into line with its constitutional obligations.

Cases Cited

By Cory and Iacobucci JJ.

Referred to: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xii; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Romer v. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-Macdonald Inc. v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Newfoundland (Human Rights*

Commission) v. Newfoundland (Minister of Employment and Labour Relations) (1995),
127 D.L.R. (4th) 694.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418.

By Major J. (dissenting in part)

Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1), 24(1), 32(1), 33.

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.

Constitution Act, 1867, s. 92.

Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2(a)(i) [ad. 1995, c. 22, s. 6].

Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 1980, c. H-11.7, preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).

Individual's Rights Protection Act, S.A. 1972, c. 2, ss. 2, 3, 4, 6, 7, 9.

Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2 [am. 1980, c. 27; am. 1985, c. 33; am. 1990, c. 23], preamble, ss. 2(1), 3, 4, 7, 8, 10, 11.1, 16(1).

Individual's Rights Protection Amendment Act, 1996, S.A. 1996, c. 25.

Authors Cited

- Ackerman, Bruce. "The Rise of World Constitutionalism" (1997), 83 *Va. L. Rev.* 771.
- Alberta. *Our Commitment to Human Rights: The Government's Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel*. Edmonton: Alberta Community Development, 1995.
- Alberta Hansard*, November 22, 1972, at p. 80-63
- Alberta Human Rights Review Panel. *Equal in Dignity and Rights: A Review of Human Rights in Alberta*. Edmonton: The Panel, 1994.
- Beatty, David M. *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto: University of Toronto Press, 1995.
- Beatty, David M. "Law and Politics" (1996), 44 *Am. J. Comp. L.* 131.
- Beatty, David M., ed. *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1994.
- Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- Black, William. "Vriend, Rights and Democracy" (1996), 7 *Constitutional Forum* 126.
- Dickson, R. G. B. "Keynote Address", in *The Cambridge Lectures 1985*. Montréal: Yvon Blais, 1985.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Jackman, Martha. "Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter" (1997), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661.
- Knopff, Rainer, and F. L. Morton. *Charter Politics*. Scarborough, Ont.: Nelson Canada, 1992.
- Khullar, Ritu. "Vriend: Remedial Issues for Unremedied Discrimination" (1997), 7 *N.J.C.L.* 232.
- Mandel, Michael. *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*. Toronto: Wall & Thompson, 1994.
- Monahan, Patrick. "A Theory of Judicial Review Under the Charter", in *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*. Toronto: Carswell, 1987, 97.

O'Byrne, Shannon K., and James F. McGinnis. "Case Comment: *Vriend v. Alberta, Plessy Revisited: Lesbian and Gay Rights in the Province of Alberta*" (1996), 34 Alta. L. Rev. 892.

Peacock, Anthony A., ed. *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory*. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 1996.

Pothier, Dianne. "The Sounds of Silence: *Charter* Application When the Legislature Declines to Speak" (1996), 7 *Constitutional Forum* 113.

Renke, Wayne N. "Case Comment: *Vriend v. Alberta*: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice" (1996), 34 Alta. L. Rev. 925.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1997, release 4).

Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In Robert J. Sharpe, ed. *Charter Litigation*. Toronto: Butterworths, 1987, 233.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1996), 181 A.R. 16, 116 W.A.C. 16, 37 Alta. L.R. (3d) 364, [1996] 5 W.W.R. 617, 132 D.L.R. (4th) 595, 18 C.C.E.L. (2d) 1, 96 C.C.L.C. ¶230-013, 25 C.H.R.R. D/1, 34 C.R.R. (2d) 243, [1996] A.J. No. 182 (QL), reversing a decision of the Court of Queen's Bench (1994), 152 A.R. 1, 18 Alta. L.R. (3d) 286, [1994] 6 W.W.R. 414, 94 C.L.L.C. ¶17,025, 20 C.H.R.R. D/358, [1994] A.J. No. 272 (QL), finding that the omission of protection against discrimination on the basis of sexual orientation from the Alberta *Individual's Rights Protection Act* was an unjustified violation of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal allowed, Major J. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.

Sheila J. Greckol, Douglas R. Stollery, Q.C., June Ross and Jo-Ann R. Kolmes, for the appellants.

John T. McCarthy, Q.C., and Donna Grainger, for the respondents.

Brian Saunders and James Hendry, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert E. Charney, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Shirish P. Chotalia and Brian A. F. Edy, for the intervener the Alberta Civil Liberties Association.

Cynthia Petersen, for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE).

Gwen Brodsky and Claire Klassen, for the intervener Women's Legal Education and Action Fund (LEAF).

Raj Anand and Andrew M. Pinto, for the intervener the Foundation for Equal Families.

William F. Pentney and Patricia Lawrence, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Steven M. Barrett and Vanessa Payne, for the intervener the Canadian Labour Congress.

James L. Lebo, Q.C., James F. McGinnis and Julia C. Lloyd, for the intervener the Canadian Bar Association - Alberta Branch.

Thomas S. Kuttner and Rebecca Johnson, for the intervener the Canadian Association of Statutory Human Rights Agencies (CASHRA).

R Douglas Elliott and Patricia A. LeFebour, for the intervener the Canadian AIDS Society.

Dale Gibson, for the intervener the Alberta and Northwest Conference of the United Church of Canada.

Lyle S. R. Kanee, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

Barbara B. Johnston, for the intervener Christian Legal Fellowship.

Dallas K. Miller, for the intervener the Alberta Federation of Women United for Families.

Gerald D. Chipeur and Cindy Silver, for the intervenors the Evangelical Fellowship of Canada and Focus on the Family (Canada) Association.

Solicitors for the appellants: Chivers Greckol & Kanee, Edmonton.

Solicitors for the respondents: Miles Davison McCarthy, Calgary.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Brian Saunders and James Hendry, Ottawa.

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry
of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Alberta Civil Liberties Association: Pundit
& Chotalia, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere
(EGALE): Nelligan • Power, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener Women's Legal Education and Action Fund
(LEAF): Claire Klassen, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Foundation for Equal Families: Scott &
Aylen, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Human Rights Commission:
William F. Pentney and Patricia Lawrence, Ottawa*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt
Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association - Alberta Branch:
McCarthy Tétrault, Calgary.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Association of Statutory Human
Rights Agencies (CASHRA): Thomas S. Kuttner, Fredericton.*

*Solicitors for the intervener the Canadian AIDS Society· Elliott, Rodrigues,
Toronto*

*Solicitors for the intervener the Alberta and Northwest Conference of the
United Church of Canada: Dale Gibson Associates, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Jewish Congress: Witten Binder,
Edmonton.*

*Solicitors for the intervener Christian Legal Fellowship· Milner Fenerty,
Calgary.*

*Solicitor for the intervener the Alberta Federation of Women United for
Families Dallas K. Miller Law Office, Medicine Hat.*

*Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Milner
Fenerty, Calgary.*

*Solicitors for the intervener Focus on the Family (Canada) Association:
Milner Fenerty, Calgary.*

SUPREME COURT OF CANADA

DELWIN VRIEND and GALA-GAY AND LESBIAN AWARENESS SOCIETY OF EDMONTON and GAY AND LESBIAN COMMUNITY CENTRE OF EDMONTON SOCIETY and DIGNITY CANADA DIGNITÉ FOR GAY CATHOLICS AND SUPPORTERS

v.

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF ALBERTA and HER MAJESTY'S ATTORNEY GENERAL IN AND FOR THE PROVINCE OF ALBERTA

and

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA, THE ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO, THE ALBERTA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION, EQUALITY FOR GAYS AND LESBIANS EVERYWHERE (EGALE), THE WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND (LEAF), THE FOUNDATION FOR EQUAL FAMILIES, THE CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, THE CANADIAN LABOUR CONGRESS, THE CANADIAN BAR ASSOCIATION - ALBERTA BRANCH, THE CANADIAN ASSOCIATION OF STATUTORY HUMAN RIGHTS AGENCIES (CASHRA), THE CANADIAN AIDS SOCIETY, THE ALBERTA AND NORTHWEST CONFERENCE OF THE UNITED CHURCH OF CANADA, THE CANADIAN JEWISH CONGRESS, THE CHRISTIAN LEGAL FELLOWSHIP, THE ALBERTA FEDERATION OF WOMEN UNITED FOR FAMILIES, THE EVANGELICAL FELLOWSHIP OF CANADA AND FOCUS ON THE FAMILY (CANADA) ASSOCIATION

CORAM: The Chief Justice and L'Heureux-Dubé, Sopinka,* Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

* Sopinka J. took no part in the judgment.

CORY AND IACOBUCCI JJ.:

1 In these joint reasons Cory J. has dealt with the issues pertaining to standing, the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the breach of s. 15(1) of the *Charter*. Iacobucci J. has discussed s. 1 of the *Charter*, the appropriate remedy, and the disposition.

CORY J.:

2 The *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2 (“*IRPA*” or “the Act”), was first enacted in 1973. When the legislation was introduced in 1972, the Minister responsible commented upon and emphasized the nature and importance of the Act, stating: “it is . . . the commitment of this legislature that we regard the Individual's Rights Protection Act in primacy to any other legislative enactment . . . we have committed ourselves to suggest that Alberta is not the place for partial rights or half freedoms, but that Alberta hopefully will become the place where each and every man and woman will be able to stand on his own two feet and be recognized as an individual and not as a member of a particular class” (*Alberta Hansard*, November 22, 1972, at p. 80-63). These are courageous words that give hope and comfort to members of every group that has suffered the wounds and indignities of discrimination. Has this laudable commitment been met?

I. Factual Background

A. *History of the IRPA*

3 The *IRPA* prohibits discrimination in a number of areas of public life, and establishes the Human Rights Commission to deal with complaints of discrimination. The *IRPA* as first enacted (S.A. 1972, c. 2) prohibited discrimination in public notices (s. 2), public accommodation, services or facilities (s. 3), tenancy (s. 4), employment practices (s. 6), employment advertising (s. 7) or trade union membership (s. 9) on the basis of race, religious beliefs, colour, sex, marital status (in ss. 6 and 9), age (except in ss. 3 and 4), ancestry or place of origin. The Act has since been expanded to include other grounds, in a series of amendments (S.A. 1980, c. 27; S.A. 1985, c. 33; S.A. 1990, c. 23; S.A. 1996, c. 25). These additions were apparently, at least in part, made in response to the enactment of the *Charter* and its judicial interpretation. In the most recent amendments the name of the Act was changed to the *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*. In 1990, the Act included the following list of prohibited grounds of discrimination: race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry and place of origin. At the present time it also includes marital status, source of income and family status.

4 Despite repeated calls for its inclusion sexual orientation has never been included in the list of those groups protected from discrimination. In 1984 and again in 1992, the Alberta Human Rights Commission recommended amending the *IRPA* to include sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. In an attempt to effect such an amendment, the opposition introduced several bills; however, none went beyond first reading. Although at least one Minister responsible for the administration

of the *IRPA* supported the amendment, the correspondence with a number of cabinet members and members of the Legislature makes it clear that the omission of sexual orientation from the *IRPA* was deliberate and not the result of an oversight. The reasons given for declining to take this action include the assertions that sexual orientation is a “marginal” ground; that human rights legislation is powerless to change public attitudes; and that there have only been a few cases of sexual orientation discrimination in employment brought to the attention of the Minister.

5 In 1992, the Human Rights Commission decided to investigate complaints of discrimination on the basis of sexual orientation. This decision was immediately vetoed by the Government and the Minister directed the Commission not to investigate the complaints.

6 In 1993, the Government appointed the Alberta Human Rights Review Panel to conduct a public review of the *IRPA* and the Human Rights Commission. When it had completed an extensive review, the Panel issued its report, entitled *Equal in Dignity and Rights: A Review of Human Rights in Alberta* (the “Dignity Report”). The report contained a number of recommendations, one of which was that sexual orientation should be included as a prohibited ground of discrimination in the Act. In its response to the Dignity Report (*Our Commitment to Human Rights. The Government’s Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel* (1995)), the Government stated that the recommendation regarding sexual orientation would be dealt with through this case.

B. *Vriend's Dismissal From King's College and Complaint to the Alberta Human Rights Commission*

7 In December 1987 the appellant Delwin Vriend was employed as a laboratory coordinator by King's College in Edmonton, Alberta. He was given a permanent, full-time position in 1988. Throughout his term of employment he received positive evaluations, salary increases and promotions for his work performance. On February 20, 1990, in response to an inquiry by the President of the College, Vriend disclosed that he was homosexual. In early January 1991, the Board of Governors of the College adopted a position statement on homosexuality, and shortly thereafter, the President of the College requested Vriend's resignation. He declined to resign, and on January 28, 1991, Vriend's employment was terminated by the College. The sole reason given for his termination was his non-compliance with the policy of the College on homosexual practice. Vriend appealed the termination and applied for reinstatement, but was refused.

8 On June 11, 1991, Vriend attempted to file a complaint with the Alberta Human Rights Commission on the grounds that his employer discriminated against him because of his sexual orientation. On July 10, 1991, the Commission advised Vriend that he could not make a complaint under the *IRPA*, because the Act did not include sexual orientation as a protected ground.

9 Vriend, the Gay and Lesbian Awareness Society of Edmonton (GALA), the Gay and Lesbian Community Centre of Edmonton Society and Dignity Canada Dignité for Gay Catholics and Supporters (collectively "the appellants") applied by originating notice of motion to the Court of Queen's Bench of Alberta for declaratory relief. The appellants challenged the constitutionality of ss. 2(1), 3, 4, 7(1) and 8(1) of the *IRPA*.

on the grounds that these sections contravene s. 15(1) of the *Charter* because they do not include sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. The standing of the appellants to bring the application was not challenged. The trial judge found that the omission of protection against discrimination on the basis of sexual orientation was an unjustified violation of s. 15 of the *Charter*. She ordered that the words “sexual orientation” be read into ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* as a prohibited ground of discrimination. The majority of the Court of Appeal of Alberta granted the Government’s appeal. The appellants were granted leave to appeal to this Court and the respondents were granted leave to cross-appeal. An order of the Chief Justice stating constitutional questions was issued on February 10, 1997.

II. Relevant Statutory Provisions

10 Since the time the appellant made his claim in 1992, the relevant statute was amended (*Individual’s Rights Protection Amendment Act, 1996*, S.A. 1996, c. 25). The Act is now known as the *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*. In these reasons, however, we refer to the statute, as amended, as the *Individual’s Rights Protection Act* or *IRPA*, since that is how the legislation was most often referred to by the parties on this appeal. For the sake of convenience, the provisions are set out below first as they existed at the time the action commenced, and then as they currently stand.

Individual’s Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, am. S.A. 1985, c. 33, S.A. 1990, c. 23.

Preamble

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all persons is the foundation of freedom, justice and peace in the world; and

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all persons are equal in dignity and rights without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin; and

WHEREAS it is fitting that this principle be affirmed by the Legislature of Alberta in an enactment whereby those rights of the individual may be protected . . .

2(1) No person shall publish or display before the public or cause to be published or displayed before the public any notice, sign, symbol, emblem or other representation indicating discrimination or an intention to discriminate against any person or class of persons for any purpose because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin of that person or class of persons.

3 No person, directly or indirectly, alone or with another, by himself or by the interposition of another, shall

(a) deny to any person or class of persons any accommodation, services or facilities customarily available to the public, or

(b) discriminate against any person or class of persons with respect to any accommodation, services or facilities customarily available to the public,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, ancestry or place of origin of that person or class of persons or of any other person or class of persons.

4 No person, directly or indirectly, alone or with another, by himself or by the interposition of another, shall

(a) deny to any person or class of persons the right to occupy as a tenant any commercial unit or self-contained dwelling unit that is advertised or otherwise in any way represented as being available for occupancy by a tenant, or

(b) discriminate against any person or class of persons with respect to any term or condition of the tenancy of any commercial unit or self-contained dwelling units,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, ancestry or place of origin of that person or class of persons or any other person or class of persons.

7(1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

- (a) refuse to employ or refuse to continue to employ any person, or
- (b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or of any other person.

(2) Subsection (1) as it relates to age and marital status does not affect the operation of any bona fide retirement or pension plan or the terms or conditions of any bona fide group or employee insurance plan.

(3) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

8(1) No person shall use or circulate any form of application for employment or publish any advertisement in connection with employment or prospective employment or make any written or oral inquiry of an applicant

- (a) that expresses either directly or indirectly any limitation, specification or preference indicating discrimination on the basis of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of any person, or
- (b) that requires an applicant to furnish any information concerning race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin.

(2) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

10 No trade union, employers' organization or occupational organization shall

- (a) exclude any person from membership in it,
- (b) expel or suspend any member of it, or
- (c) discriminate against any person or member,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or member.

11.1 A contravention of this Act shall be deemed not to have occurred if the person who is alleged to have contravened the Act shows that the alleged contravention was reasonable and justifiable in the circumstances.

16(1) It is the function of the Commission

- (a) to forward the principle that every person is equal in dignity and rights without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin,
- (b) to promote an understanding of, acceptance of and compliance with this Act,
- (c) to research, develop and conduct educational programs designed to eliminate discriminatory practices related to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin, and
- (d) to encourage and co-ordinate both public and private human rights programs and activities.

Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act, R.S.A. 1980, c. H-11.7

Preamble

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all persons is the foundation of freedom, justice and peace in the world;

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all persons are equal in: dignity, rights and responsibilities without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status;

WHEREAS multiculturalism describes the diverse racial and cultural composition of Alberta society and its importance is recognized in Alberta as a fundamental principle and a matter of public policy;

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all Albertans should share in an awareness and appreciation of the diverse racial and cultural composition of society and that the richness of life in Alberta is enhanced by sharing that diversity;

WHEREAS it is fitting that these principles be affirmed by the Legislature of Alberta in an enactment whereby those equality rights and that diversity may be protected . . .

2(1) No person shall publish, issue or display or cause to be published, issued or displayed before the public any statement, publication, notice, sign, symbol, emblem or other representation that

- (a) indicates discrimination or an intention to discriminate against a person or a class of persons, or

- (b) is likely to expose a person or a class of persons to hatred or contempt

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status of that person or class of persons.

3 No person shall

- (a) deny to any person or class of persons any goods, services, accommodation or facilities that are customarily available to the public, or
- (b) discriminate against any person or class of persons with respect to any goods, services, accommodation or facilities that are customarily available to the public,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status of that person or class of persons or of any other person or class of persons.

4 No person shall

- (a) deny to any person or class of persons the right to occupy as a tenant any commercial unit or self-contained dwelling unit that is advertised or otherwise in any way represented as being available for occupancy by a tenant, or
- (b) discriminate against any person or class of persons with respect to any term or condition of the tenancy of any commercial unit or self-contained dwelling units,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status of that person or class of persons or of any other person or class of persons.

7(1) No employer shall

- (a) refuse to employ or refuse to continue to employ any person, or
- (b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry, place of origin, family status or source of income of that person or of any other person.

(2) Subsection (1) as it relates to age and marital status does not affect the operation of any bona fide retirement or pension plan or the terms or conditions of any bona fide group or employee insurance plan.

(3) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

8(1) No person shall use or circulate any form of application for employment or publish any advertisement in connection with employment or prospective employment or make any written or oral inquiry of an applicant

(a) that expresses either directly or indirectly any limitation, specification or preference indicating discrimination on the basis of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry, place of origin, family status or source of income of any person, or

(b) that requires an applicant to furnish any information concerning race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry, place of origin, family status or source of income.

(2) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

10 No trade union, employers' organization or occupational association shall

(a) exclude any person from membership in it,

(b) expel or suspend any member of it, or

(c) discriminate against any person or member,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry, place of origin, family status or source of income of that person or member.

11.1 A contravention of this Act shall be deemed not to have occurred if the person who is alleged to have contravened the Act shows that the alleged contravention was reasonable and justifiable in the circumstances.

16(1) It is the function of the Commission

(a) to forward the principle that all persons are equal in: dignity, rights and responsibilities without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status,

(b) to promote awareness and appreciation of and respect for the multicultural heritage of Alberta society,

(c) to promote an environment in which all Albertans can participate in and contribute to the cultural, social, economic and political life of Alberta,

- (d) to encourage all sectors of Alberta society to provide equality of opportunity,
- (e) to research, develop and conduct educational programs designed to eliminate discriminatory practices related to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry, place of origin, marital status, source of income or family status,
- (f) to promote an understanding of, acceptance of and compliance with this Act,
- (g) to encourage and co-ordinate both public and private human rights programs and activities, and
- (h) to advise the Minister on matters related to this Act.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

- 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.
- 15.(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination, and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.
- 24.(1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.
- 32.(1) This Charter applies
 - (a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and
 - (b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

Constitution Act, 1982

- 52.(1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

III. Decisions Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1994), 152 A.R. 1

11 The appellants applied to Russell J., as she then was, for an order (1) declaring that ss. 2(1), 3, 4 and 7(1) of the *IRPA* are inconsistent with s. 15(1) of the *Charter* and infringe the appellants' rights, as a result of the absence of sexual orientation from the list of proscribed grounds of discrimination; (2) that Vriend has the right to file a complaint under the *IRPA* alleging discrimination on the grounds of sexual orientation; and (3) that lesbians and gays have the right to the protections of the *IRPA*.

12 At the outset she found that the appellants had standing to challenge s. 10 as well as the other sections.

13 Russell J. was satisfied that the discrimination homosexuals suffer "is so notorious that [she could] take judicial notice of it without evidence" (p. 6). She went on to consider whether homosexuals are a discrete and insular minority entitled to protection under s. 15(1) of the *Charter*, and concluded that sexual orientation is properly considered an analogous ground under s. 15(1). This issue has since been resolved by the decision in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, which held that sexual orientation is an analogous ground.

14 Next, Russell J. considered whether the omission of sexual orientation under the *IRPA* constitutes discrimination under s. 15 of the *Charter*. She noted that it has been established that a discriminatory distinction in a law can arise from either

a commission or an omission. The Ontario Court of Appeal in *Haig v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495, found that, considering the larger social, political and legal context, the omission of sexual orientation in the *Canadian Human Rights Act* constituted discrimination offending s. 15(1) of the *Charter*. Russell J. agreed with this conclusion. She took note of the *obiter* comments of L'Heureux-Dubé J. in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 436, that the provinces could prohibit discrimination on some grounds but not others without violating the *Charter*. However, in her opinion sexual orientation was related to sex or gender as a prohibited ground and “[w]hile there is no obligation on the Province to legislate to prohibit sexual discrimination, when it does so it must provide even-handed protection in a nondiscriminatory manner, or justify the exclusion” (p. 13).

15 Russell J. noted also that discrimination does not depend on a finding of invidious intent, and concluded (at pp. 13-14):

Regardless of whether there was any intent to discriminate, the effect of the decision to deny homosexuals recognition under the legislation is to reinforce negative stereotyping and prejudice thereby perpetuating and implicitly condoning its occurrence. The facts in this case demonstrate that the legislation had a differential impact on the applicant Vriend. When his employment was terminated because of his personal characteristics he was denied a legal remedy available to other similarly disadvantaged groups. That constitutes discrimination contrary to s. 15(1) of the *Charter*.

16 Turning to the s. 1 justification test, Russell J. held that since the Crown had failed to present any rationale to show that the violation was justified, it had failed to meet the requirements of s. 1. Even if the Crown were not required to show justification, she would have concluded that the violation was not justifiable. She found that the limitation was inconsistent with the objective and principles embodied

in the preamble to the *IRPA*, and therefore, there was no legislative objective of pressing and substantial concern justifying the limitation. Russell J. further held that the denial of remedies provided by the *IRPA* was not rationally connected to the objective of protecting individual rights, and that, since the omission was complete, it did not represent minimal impairment.

17 Russell J. reviewed the possible remedies under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* that were set out in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, and concluded that the only options in this case were striking down the legislation, with or without a suspension of the declaration of invalidity, or reading in. She decided that in this case, as in *Haig*, reading in was the most appropriate remedy. The omission was precisely defined and could be readily filled by reading in. As well, reading in was preferable because it left the objective of the legislation intact, was less intrusive than striking down, and would not have so great a budgetary impact as to substantially change the legislative scheme. Russell J. therefore ordered that the relevant sections of the Act be “interpreted, applied and administered as though they contained the words ‘sexual orientation’” (p. 19).

B. *Alberta Court of Appeal* (1996), 181 A.R. 16

1. McClung J.A.

18 McClung J.A. held that the first question to be resolved was whether the *IRPA* is “answerable, as it stands” to the *Charter* (at p. 22). He was of the opinion that the omission of “sexual orientation” from the discrimination provisions of the *IRPA* does not amount to governmental action for the purpose of s. 32(1) of the *Charter*. In

his view the provisions of the *Charter* could not force the legislature to enact a provision dealing with a “divisive” issue if it has chosen not to do so. He concluded that the province had not exercised its authority with respect to a matter so as to come within s. 32(1)(b) of the *Charter*.

19 McClung J.A. criticized the reasons of Russell J. as proceeding from the proposition that human rights legislation must perfectly “mirror” the *Charter*. He noted the existence of some variation among provinces with respect to the prohibited grounds of discrimination included in rights legislation, and stated that provinces must have latitude in implementing their powers under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. To require all legislation to be consistent with the *Charter* would be a “debacle for the autonomy of provincial law-making” (p. 24).

20 Even if the omission by the legislature is subject to *Charter* scrutiny under s. 32(1), McClung J.A. found no violation of s. 15(1). In his opinion the *IRPA* neither drew any distinction between homosexuals and heterosexuals nor resulted in the imposition of burdens, limitations or disadvantages or the denial of benefits or opportunities with respect to homosexuals. He found that any inequality that may exist between homosexuals and heterosexuals exists independently of the *IRPA*; the statute is neutral and “neither confers nor denies benefits to, or withdraws protection from, any Canadian” (p. 29).

21 Although he found no violation of the *Charter*, McClung J.A. considered what the appropriate remedy would have been had there been a violation of the *Charter*. He disagreed with Russell J.’s decision to use the remedy of “reading in” and stated that the preferable response was to declare the Act unconstitutional and invalid,

with a stay of the declaration to “permit legislative, not judicial, repair” (p. 29). McClung J.A. suggested that “reading up” constitutes an intrusion of the judiciary into the legislative domain which should be avoided whenever possible. Therefore, he would have, if necessary, declared the Act *ultra vires*, suspending this judgment for a period of one year to allow the legislature to address the defects in the *IRPA*. However, based on his reasons set out earlier he allowed the appeal.

2. O’Leary J.A.

22 O’Leary J.A. agreed with McClung J.A. that the appeal should be allowed but for different reasons. He assumed that the *Charter* applied to the *IRPA* and rested his conclusion on a finding that the *IRPA* does not create a distinction based on sexual orientation. In his opinion, therefore, there was no violation of s. 15(1).

23 O’Leary J.A. looked at the “initial hurdle” of the s. 15(1) analysis, which is to show that “there are one or more provisions in the legislation which create, expressly or by ‘adverse effect’, a distinction between individuals which is contrary to s. 15(1)” (p. 40). This state of affairs is to be distinguished from one in which the social circumstances exist independently of the provision. According to O’Leary J.A. the *IRPA*’s silence with respect to sexual orientation means that the Act makes no distinction between individuals on the basis of sexual orientation.

24 He found that the *IRPA* only distinguishes between “the specified prohibited grounds of discrimination and the various potential grounds (including sexual orientation) which could be included but are not” (p. 42) and that this cannot be called a distinction on the basis of sexual orientation. As a result, O’Leary J.A.

would allow the appeal and set aside the declaration made by the trial judge, on the basis that the *IRPA* does not create a distinction that offends s. 15(1).

3. Hunt J.A. (dissenting)

25 Hunt J.A. partially agreed with the decision of Russell J., finding that ss. 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* violate s. 15(1) and are not saved by s. 1, but she found that reading in was not the appropriate remedy. With respect to the s. 15 violation, she reached the same conclusion as Russell J. but on slightly different reasoning, in part due to the decisions in *Egan, supra, Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, and *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, which had by then been released.

26 At the outset, Hunt J.A. dismissed the argument that s. 15(1) was not applicable in this case because it concerned private activity. It is an Act of the legislature which is being attacked in this case, not private activity, and provincial legislation is clearly subject to the *Charter*.

27 Hunt J.A. disagreed with Russell J.'s characterization of discrimination on the basis of sexual orientation as being "directly associated" with discrimination on the basis of gender and her analogy between this case and the cases of *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xii, and *McKinney, supra*, where protection was offered from discrimination on the basis of gender and age but only in a limited way.

28 She went on to examine the context and purpose of the law as well as its impact upon those to whom it applies and those whom it excludes. She found that the *IRPA* is a law that is dedicated to achieving equal treatment for all citizens of Alberta. The context is one of existing discrimination against a group which has suffered from historical disadvantage. Hunt J.A. concluded (at p. 58) that “[g]iven these considerations and the context here, it is my opinion that the failure to extend protection to homosexuals under the *IRPA* can be seen as a form of government action that is tantamount to approving ongoing discrimination against homosexuals. Thus, in this case, legislative silence results in the drawing of a distinction”.

29 Therefore, Hunt J.A. would have concluded that there was a distinction drawn sufficient to find a potential violation of s. 15(1). In her opinion it was then “easy to conclude” (p. 59) that this distinction resulted in homosexuals as a group being denied equal benefit and protection of the law, since they are denied access to the *IRPA*’s protection and enforcement process.

30 The next question was whether this distinction results in discrimination. Hunt J.A. found that according to any of the approaches set out in *Egan*, discrimination could be found in this case. The denial of the equal protection and benefit of the law here is purely on the basis of sexual orientation, not merit or need, and reinforces the stereotype that homosexuals are less deserving of protection and therefore less worthy of value as human beings. Even taking into account the relevance of the distinction to the goals of the legislation, it is “impossible to see how a statute based upon notions of the inherent dignity of all can have as a relevant legislative goal the unequal treatment of some members of society” on the grounds of their membership in a group

(at p. 60). This is a case in which the functional values underlying the omission are themselves discriminatory.

31 Turning to s. 1 of the *Charter*, Hunt J.A. noted that the Crown had not presented any evidence concerning justification under s. 1. Hunt J.A. found the material in the Crown's factum inadequate to conduct a s. 1 analysis and thought that the paucity of the Crown's case on this matter would, of itself, support the conclusion of the trial judge that s. 1 justification had not been established. In any case, the omission could not satisfy the *Oakes* test for justification.

32 Although she found an unjustifiable violation of s. 15(1), Hunt J.A. disagreed with the trial judge's choice of remedy. Hunt J.A. was of the opinion that the remedy should be limited to the situation presented in this case and the provisions most closely related to it, i.e. discrimination in employment (s. 7), employment notices (s. 8) and union membership (s. 10), respectively.

33 While there were some arguments here in favour of reading in, Hunt J.A. was concerned whether reading in could be accomplished with sufficient precision, and about the possible impact of reading in on s. 7(2) of the *IRPA*, which concerns retirement, pension and insurance plans.

34 Hunt J.A. therefore concluded that the preferable remedy was to declare invalid ss. 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* to the extent of their inconsistency with the *Charter*. Since an immediate declaration of invalidity would remove protection from everyone, contrary to the *Charter*'s objectives, she would have suspended the

declaration of invalidity for a period of one year to allow the Legislature time to bring the *IRPA* into line with the *Charter*.

C. *Alberta Court of Appeal Supplementary Reasons Regarding Costs* (1996), 184 A.R. 351

35 O'Leary J.A. (McClung J.A. concurring) held that the circumstances in this case did not justify deviating from the customary rule of awarding costs to the successful party. O'Leary J.A. acknowledged that the court had discretion in awarding costs and that the public interest character of litigation could be used as an argument for depriving the successful litigant of costs. He noted, however, that such arguments had been rejected in some cases.

36 He therefore awarded the costs of the appeal on a party-and-party basis to the Crown, to include all reasonable disbursements except travelling and accommodation expenses, and including a fee in respect of its written submission on the issue of costs and a second counsel fee.

37 Hunt J.A. dissented. She noted that the decision of the Court of Appeal had involved a 2-1 split with three separate reasons for judgment, and that an important and novel point of law was at issue. She also noted several cases in which the courts have made no costs award, including *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, and *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236.

38 Hunt J.A. agreed that governments should not be assumed to have limitless resources, and that relative resources of the parties is not the critical factor. She also noted, however, that there is no program in Alberta to subsidize the pursuit of important *Charter* litigation, as there is at the federal level. This case was not only novel but was also one that could “truly be described as a test case”, where the impact of the rule on the parties is of secondary importance to the settlement of the rule itself (at p. 358). Hunt J.A. was of the opinion that there was a “heavy public interest component” to the legal question (at p. 358).

39 As a result of all of these factors, Hunt J.A. concluded that she would have awarded costs against the respondents (appellants in the Court of Appeal), notwithstanding their success on the appeal. However since the appellants (respondents in the Court of Appeal) in this case merely sought a no costs order that is the order she would have made.

IV. Issues

40 The constitutional questions which have been stated by this Court are:

1. Do (a) decisions not to include sexual orientation or (b) the non-inclusion of sexual orientation, as a prohibited ground of discrimination in the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, as am., now called the *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 1980, c. H-11.7, infringe or deny the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to Question 1 is “yes”, is the infringement or denial demonstrably justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

41 The parties have also raised issues with respect to standing, the application of the *Charter* and the appropriate remedy.

V. Analysis

A. *Standing*

42 The appellants seek to challenge the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA*. The respondents on this appeal submitted that the appellants should have standing to challenge only the sections of the *IRPA* relating to employment, namely ss. 7(1), 8(1) and 10, since the factual background of the case involves discrimination in employment. The Attorney General of Canada goes even further by arguing that the only provision at issue in this case is s. 7(1), which specifically addresses discrimination in employment practices.

43 The originating notice of motion filed by the appellants in the Court of Queen's Bench referred to ss. 2(1), 3, 4 and 7(1) of the *IRPA*. At trial, they were allowed to amend their application to include s. 10, which had been omitted as the result of an oversight. In making this decision, Russell J. applied the test for public interest standing from *Canadian Council of Churches, supra*, and concluded that the appellants had standing to challenge s. 10 as well. The way in which she articulated this conclusion implies that the appellants also had standing to challenge the other sections of the Act referred to in the originating notice. There is no reason to disagree with this assessment.

44 In *Canadian Council of Churches* (at p. 253), it was stated that three aspects should be considered:

First, is there a serious issue raised as to the invalidity of legislation in question? Second, has it been established that the plaintiff is directly affected by the legislation or if not does the plaintiff have a genuine interest in its validity? Third, is there another reasonable and effective way to bring the issue before the court?

It is my opinion that these criteria are met with respect to all of the provisions named by the appellants (the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1)).

45 A serious issue as to constitutional validity is raised with respect to all of these provisions. The issue is substantially the same for all of the provisions from which sexual orientation is excluded as a prohibited ground of discrimination. There is nothing in particular about s. 7(1) or ss. 7(1), 8(1) and 10 that makes their validity any more questionable than the other provisions dealing with discrimination. The respondents argue that there is no serious issue as to the constitutional validity of the preamble and s. 16 (which sets out the functions of the Human Rights Commission), because those provisions do not confer any specific benefit or protection. Although neither of these two provisions directly confers a benefit or protection, arguably they do so indirectly. An omission from those provisions could well have at least some of the same effects as the omission of these rights from the other sections and therefore raises a serious issue of constitutional validity.

46 Further Vriend and the other appellants have a genuine and valid interest in all of the provisions they seek to challenge. Both Vriend as an individual and the appellant organizations have a direct interest in the exclusion of sexual orientation

from all forms of discrimination. What is at issue here is the exclusion of sexual orientation as a protected ground from the *IRPA* and its procedures for the protection of human rights. This is not a case about employment discrimination as distinct from any other form of discrimination that occurs within the private sphere and is covered by provincial human rights legislation. Insofar as the particular situation and factual background of the appellant Vriend is relevant to establishing the issues on appeal, it is the denial of access to the complaint procedures of the Alberta Human Rights Commission that is the essential element of this case and not his dismissal from King's College. The particular issues relating to his loss of employment would be for the Human Rights Commission to resolve and do not form part of this appeal. It must also be remembered that Vriend is only one of four appellants. The other three are organizations which are generally concerned with the rights of gays and lesbians and their protection from discrimination in all areas of their lives. There is nothing to restrict their involvement in this appeal to matters of employment.

47

With respect to the third criterion, the only other way the issue could be brought before the Court with respect to the other sections would be to wait until someone is discriminated against on the ground of sexual orientation in housing, goods and services, etc. and challenge the validity of the provision in each appropriate case. This would not only be wasteful of judicial resources, but also unfair in that it would impose burdens of delay, cost and personal vulnerability to discrimination for the individuals involved in those eventual cases. This cannot be a satisfactory result.

48

As well it is important to recall that all of the provisions are very similar and do not depend on any particular factual context in order to resolve their constitutional status. The fact that homosexuals have suffered discrimination in all

aspects of their lives was accepted in *Egan, supra*. It follows that there is really no need to adduce additional evidence regarding the provisions concerned with discrimination in areas other than employment.

49 Therefore, the appellants have standing to challenge the validity of all of the provisions named in the constitutional questions, namely the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA*.

B. *Application of the Charter*

1. Application of the Charter to a Legislative Omission

50 Does s. 32 of the *Charter* prohibit consideration of a s. 15 violation when that issue arises from a legislative omission?

51 The respondents (appellants on the cross-appeal) argue on their cross-appeal that because this case concerns a legislative omission, s. 15 of the *Charter* should not apply pursuant to s. 32. This submission cannot be accepted.

52 This issue is resolved simply by determining whether the subject of the challenge in this case is one to which the *Charter* applies pursuant to s. 32. Questions relating to the nature of the legislature's decision, its effect, and whether it is neutral, are relevant instead to the s. 15 analysis. The threshold test demands only that there is some "matter within the authority of the legislature" which is the proper subject of a *Charter* analysis. At this preliminary stage no judgment should be made as to the nature or validity of this "matter" or subject. Undue emphasis should not be placed on

the threshold test since this could result in effectively and unnecessarily removing significant matters from a full *Charter* analysis.

53 Further confusion results when arguments concerning the respective roles of the legislature and the judiciary are introduced into the s. 32 analysis. These arguments put forward the position that courts must defer to a decision of the legislature not to enact a particular provision, and that the scope of *Charter* review should be restricted so that such decisions will be unchallenged. I cannot accept this position. Apart from the very problematic distinction it draws between legislative action and inaction, this argument seeks to substantially alter the nature of considerations of legislative deference in *Charter* analysis. The deference very properly due to the choices made by the legislature will be taken into account in deciding whether a limit is justified under s. 1 and again in determining the appropriate remedy for a *Charter* breach. My colleague Iacobucci J. deals with these considerations at greater length more fully in his reasons.

54 The notion of judicial deference to legislative choices should not, however, be used to completely immunize certain kinds of legislative decisions from *Charter* scrutiny. McClung J.A. in the Alberta Court of Appeal criticized the application of the *Charter* to a legislative omission as an encroachment by the courts on legislative autonomy. He objected to what he saw as judges dictating provincial legislation under the pretext of constitutional scrutiny. In his view, a choice by the legislature not to legislate with respect to a particular matter within its jurisdiction, especially a controversial one, should not be open to review by the judiciary: "When they choose silence provincial legislatures need not march to the *Charter* drum. In a constitutional sense they need not march at all. . . . The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

was not adopted by the provinces to promote the federal extraction of subsidiary legislation from them but only to police it once it is proclaimed -- if it is proclaimed" (pp. 25 and 28).

55 There are several answers to this position. The first is that in this case, the constitutional challenge concerns the *IRPA*, legislation that has been proclaimed. The fact that it is the underinclusiveness of the Act which is at issue does not alter the fact that it is the legislative act which is the subject of *Charter* scrutiny in this case. Furthermore, the language of s. 32 does not limit the application of the *Charter* merely to positive actions encroaching on rights or the excessive exercise of authority, as McClung J.A. seems to suggest. These issues will be dealt with shortly. Yet at this point it must be observed that McClung J.A.'s reasons also imply a more fundamental challenge to the role of the courts under the *Charter*, which must also be answered. This issue is addressed in the reasons of my colleague Iacobucci J. below, and that discussion need not be repeated here. However, at the present stage of the analysis it may be useful to clarify the role of the judiciary in responding to a legislative omission which is challenged under the *Charter*.

56 It is suggested that this appeal represents a contest between the power of the democratically elected legislatures to pass the laws they see fit, and the power of the courts to disallow those laws, or to dictate that certain matters be included in those laws. To put the issue in this way is misleading and erroneous. Quite simply, it is not the courts which limit the legislatures. Rather, it is the Constitution, which must be interpreted by the courts, that limits the legislatures. This is necessarily true of all constitutional democracies. Citizens must have the right to challenge laws which they consider to be beyond the powers of the legislatures. When such a challenge is

properly made, the courts must, pursuant to their constitutional duty, rule on the challenge. It is said, however, that this case is different because the challenge centres on the legislature's failure to extend the protection of a law to a particular group of people. This position assumes that it is only a positive act rather than an omission which may be scrutinized under the *Charter*. In my view, for the reasons that will follow, there is no legal basis for drawing such a distinction. In this as in other cases, the courts have a duty to determine whether the challenge is justified. It is not a question, as McClung J.A. suggested, of the courts imposing their view of "ideal" legislation, but rather of determining whether the challenged legislative act or omission is constitutional or not.

57 McClung J.A.'s position that judicial interference is inappropriate in this case is based on the assumption that the legislature's "silence" in this case is "neutral". Yet, questions which raise the issue of neutrality can only be dealt with in the context of the s. 15 analysis itself. Unless that analysis is undertaken, it is impossible to say whether the omission is indeed neutral or not. Neutrality cannot be assumed. To do so would remove the omission from the scope of judicial scrutiny under the *Charter*. The appellants have challenged the law on the ground that it violates the Constitution of Canada, and the courts must hear and consider that challenge. If, as alleged, the *IRPA* excludes some people from receiving benefits and protection it confers on others in a way that contravenes the equality guarantees in the *Charter*, then the courts have no choice but to say so. To do less would be to undermine the Constitution and the rule of law.

58 Let us now consider the substance of the respondents' position on this issue.

59 The respondents contend that a deliberate choice not to legislate should not be considered government action and thus does not attract *Charter* scrutiny. This submission should not be accepted. They assert that there must be some “exercise” of “s. 32 authority” to bring the decision of the legislature within the purview of the *Charter*. Yet there is nothing either in the text of s. 32 or in the jurisprudence concerned with the application of the *Charter* which requires such a narrow view of the *Charter*’s application.

60 The relevant subsection, s. 32(1)(b), states that the *Charter* applies to “the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province”. There is nothing in that wording to suggest that a positive act encroaching on rights is required; rather the subsection speaks only of matters within the authority of the legislature. Dianne Pothier has correctly observed that s. 32 is “worded broadly enough to cover positive obligations on a legislature such that the *Charter* will be engaged even if the legislature refuses to exercise its authority” (“The Sounds of Silence: *Charter* Application When the Legislature Declines to Speak” (1996), 7 *Constitutional Forum* 113, at p. 115). The application of the *Charter* is not restricted to situations where the government actively encroaches on rights.

61 The *IRPA* is being challenged as unconstitutional because of its failure to protect *Charter* rights, that is to say its underinclusiveness. The mere fact that the challenged aspect of the Act is its underinclusiveness should not necessarily render the *Charter* inapplicable. If an omission were not subject to the *Charter*, underinclusive legislation which was worded in such a way as to simply omit one class rather than to

explicitly exclude it would be immune from *Charter* challenge. If this position was accepted, the form, rather than the substance, of the legislation would determine whether it was open to challenge. This result would be illogical and more importantly unfair. Therefore, where, as here, the challenge concerns an Act of the legislature that is underinclusive as a result of an omission, s. 32 should not be interpreted as precluding the application of the *Charter*.

62 It might also be possible to say in this case that the deliberate decision to omit sexual orientation from the provisions of the *IRPA* is an “act” of the Legislature to which the *Charter* should apply. This argument is strengthened and given a sense of urgency by the considered and specific positive actions taken by the government to ensure that those discriminated against on the grounds of sexual orientation were excluded from the protective procedures of the Human Rights Commission. However, it is not necessary to rely on this position in order to find that the *Charter* is applicable.

63 It is also unnecessary to consider whether a government could properly be subjected to a challenge under s. 15 of the *Charter* for failing to act at all, in contrast to a case such as this where it acted in an underinclusive manner. It has been held that certain provisions of the *Charter*, for example those dealing with minority language rights (s. 23), do indeed require a government to take positive actions to ensure that those rights are respected (see *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at p. 393; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, at pp. 862-63, 866).

64 It has not yet been necessary to decide in other contexts whether the *Charter* might impose positive obligations on the legislatures or on Parliament such

that a failure to legislate could be challenged under the *Charter*. Nonetheless, the possibility has been considered and left open in some cases. For example, in *McKinney*, Wilson J. made a comment in *obiter* that “[i]t is not self-evident to me that government could not be found to be in breach of the *Charter* for failing to act” (p. 412). In *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1038, L’Heureux-Dubé J., speaking for the majority and relying on comments made by Dickson C.J. in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, suggested that in some situations, the *Charter* might impose affirmative duties on the government to take positive action. Finally, in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, La Forest J., speaking for the Court, left open the question whether the *Charter* might oblige the state to take positive actions (at para. 73). However, it is neither necessary nor appropriate to consider that broad issue in this case.

2. Application of the *Charter* to Private Activity

65

The respondents further argue that the effect of applying the *Charter* to the *IRPA* would be to regulate private activity. Since it has been held that the *Charter* does not apply to private activity (*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *McKinney, supra*), it is said that the application of the *Charter* in this case would not be appropriate. This argument cannot be accepted. The application of the *Charter* to the *IRPA* does not amount to applying it to private activity. It is true that the *IRPA* itself targets private activity and as a result will have an “effect” upon that activity. Yet it does not follow that this indirect effect should remove the *IRPA* from the purview of the *Charter*. It would lead to an

unacceptable result if any legislation that regulated private activity would for that reason alone be immune from *Charter* scrutiny.

66 The respondents' submission has failed to distinguish between "private activity" and "laws that regulate private activity". The former is not subject to the *Charter*, while the latter obviously is. It is the latter which is at issue in this appeal. This case can be compared to *McKinney*, where La Forest J., speaking for the majority, stated that "[t]here is no question that, the [Human Rights] Code being a law, the *Charter* applies to it" (p. 290). Those words are applicable to the situation presented in this case. The constitutional challenge here concerns the *IRPA*, an Act of the Alberta Legislature. It does not concern the acts of King's College or any other private entity or person. This, I think, is sufficient to dispose of the respondents' submissions on this point.

C. *Section 15(1)*

1. Approach to Section 15(1)

67 The rights enshrined in s. 15(1) of the *Charter* are fundamental to Canada. They reflect the fondest dreams, the highest hopes and finest aspirations of Canadian society. When universal suffrage was granted it recognized to some extent the importance of the individual. Canada by the broad scope and fundamental fairness of the provisions of s. 15(1) has taken a further step in the recognition of the fundamental importance and the innate dignity of the individual. That it has done so is not only praiseworthy but essential to achieving the magnificent goal of equal dignity for all. It is the means of giving Canadians a sense of pride. In order to achieve equality the

intrinsic worthiness and importance of every individual must be recognized regardless of the age, sex, colour, origins, or other characteristics of the person. This in turn should lead to a sense of dignity and worthiness for every Canadian and the greatest possible pride and appreciation in being a part of a great nation.

68 The concept and principle of equality is almost intuitively understood and cherished by all. It is easy to praise these concepts as providing the foundation for a just society which permits every individual to live in dignity and in harmony with all. The difficulty lies in giving real effect to equality. Difficult as the goal of equality may be it is worth the arduous struggle to attain. It is only when equality is a reality that fraternity and harmony will be achieved. It is then that all individuals will truly live in dignity.

69 It is easy to say that everyone who is just like "us" is entitled to equality. Everyone finds it more difficult to say that those who are "different" from us in some way should have the same equality rights that we enjoy. Yet so soon as we say any enumerated or analogous group is less deserving and unworthy of equal protection and benefit of the law all minorities and all of Canadian society are demeaned. It is so deceptively simple and so devastatingly injurious to say that those who are handicapped or of a different race, or religion, or colour or sexual orientation are less worthy. Yet, if any enumerated or analogous group is denied the equality provided by s. 15 then the equality of every other minority group is threatened. That equality is guaranteed by our constitution. If equality rights for minorities had been recognized, the all too frequent tragedies of history might have been avoided. It can never be forgotten that discrimination is the antithesis of equality and that it is the recognition of equality which will foster the dignity of every individual.

70

How then should the analysis of s. 15 proceed? In *Egan* the two-step approach taken in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, was summarized and described in this way (at paras. 130-31):

The first step is to determine whether, due to a distinction created by the questioned law, a claimant's right to equality before the law, equality under the law, equal protection of the law or equal benefit of the law has been denied. During this first step, the inquiry should focus upon whether the challenged law has drawn a distinction between the claimant and others, based on personal characteristics.

Not every distinction created by legislation gives rise to discrimination. Therefore, the second step must be to determine whether the distinction created by the law results in discrimination. In order to make this determination, it is necessary to consider first, whether the equality right was denied on the basis of a personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or which is analogous to those enumerated, and second, whether that distinction has the effect on the claimant of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to benefits or advantages which are available to others.

A similar approach was taken by McLachlin J. in *Miron* (at p. 485):

The analysis under s. 15(1) involves two steps. First, the claimant must show a denial of "equal protection" or "equal benefit" of the law, as compared with some other person. Second, the claimant must show that the denial constitutes discrimination. At this second stage, in order for discrimination to be made out, the claimant must show that the denial rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground and that the unequal treatment is based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics.

71

In *Miron* and *Egan*, Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Major JJ. articulated a qualification which, as described in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358 (at para. 64), "focuses on the relevancy of a distinction to

the purpose of the legislation where that purpose is not itself discriminatory and recognizes that certain distinctions are outside the scope of s. 15". This approach is, to a certain extent, compatible with the notion that discrimination commonly involves the attribution of stereotypical characteristics to members of an enumerated or analogous group.

72 It has subsequently been explained, however, that it is not only through the "stereotypical application of presumed group or personal characteristics" that discrimination can occur, although this may be common to many instances of discrimination. As stated by Sopinka J. in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at paras. 66-67:

. . . the purpose of s. 15(1) of the *Charter* is not only to prevent discrimination by the attribution of stereotypical characteristics to individuals, but also to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society as has been the case with disabled persons.

The principal object of certain of the prohibited grounds is the elimination of discrimination by the attribution of untrue characteristics based on stereotypical attitudes relating to immutable conditions such as race or sex. . . . The other equally important objective seeks to take into account the true characteristics of this group which act as headwinds to the enjoyment of society's benefits and to accommodate them.

73 These approaches to the analysis of s. 15(1) have been summarized and adopted in subsequent cases, e.g. *Eaton* (at para. 62), *Benner* (at para. 69) and, most recently, *Eldridge*. In *Eldridge*, La Forest J., writing for the unanimous Court, stated (at para. 58):

While this Court has not adopted a uniform approach to s. 15(1), there is broad agreement on the general analytic framework; see *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at para. 62, *Miron*,

supra, and *Egan, supra*. A person claiming a violation of s. 15(1) must first establish that, because of a distinction between the claimant and others, the claimant has been denied “equal protection” or “equal benefit” of the law. Secondly, the claimant must show that the denial constitutes discrimination on the basis of one of the enumerated grounds listed in s. 15(1) or one analogous thereto.

74 In this case, as in *Eaton, Benner* and *Eldridge*, any differences that may exist in the approach to s. 15(1) would not affect the result, and it is therefore not necessary to address those differences. The essential requirements of all these cases will be satisfied by enquiring first, whether there is a distinction which results in the denial of equality before or under the law, or of equal protection or benefit of the law; and second, whether this denial constitutes discrimination on the basis of an enumerated or analogous ground.

2. The IRPA Creates a Distinction Between the Claimant and Others Based on a Personal Characteristic, and Because of That Distinction, It Denies the Claimant Equal Protection or Equal Benefit of the Law

(a) *Does the IRPA Create a Distinction?*

75 The respondents have argued that because the *IRPA* merely omits any reference to sexual orientation, this “neutral silence” cannot be understood as creating a distinction. They contend that the *IRPA* extends full protection on the grounds contained within it to heterosexuals and homosexuals alike, and therefore there is no distinction and hence no discrimination. It is the respondents’ position that if any distinction is made on the basis of sexual orientation that distinction exists because it is present in society and not because of the *IRPA*.

76 These arguments cannot be accepted. They are based on that “thin and impoverished” notion of equality referred to in *Eldridge* (at para. 73). It has been repeatedly held that identical treatment will not always constitute equal treatment (see for example *Andrews, supra*, at p. 164). It is also clear that the way in which an exclusion is worded should not disguise the nature of the exclusion so as to allow differently drafted exclusions to be treated differently. For example *Schachter*, at p. 698, discussed this point in the context of remedies, and quoted *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (S.C.), at pp. 384-85:

Where the state makes a distinction between two classes of individuals, A and B, . . . the manner in which the legislative provision or law is drafted is irrelevant for constitutional purposes; i.e., it is immaterial whether the subject law states: (1) A benefits; or (2) Everyone benefits except B. In both cases the impact upon the individual within group B is the same.

77 The respondents concede that if homosexuals were excluded altogether from the protection of the *IRPA* in the sense that they were not protected from discrimination on any grounds, this would be discriminatory. Clearly that would be discrimination of the most egregious kind. It is true that gay and lesbian individuals are not entirely excluded from the protection of the *IRPA*. They can claim protection on some grounds. Yet that certainly does not mean that there is no discrimination present. For example, the fact that a lesbian and a heterosexual woman are both entitled to bring a complaint of discrimination on the basis of gender does not mean that they have equal protection under the Act. Lesbian and gay individuals are still denied protection under the ground that may be the most significant for them, discrimination on the basis of sexual orientation.

78 The respondents also seek to distinguish this case from *McKinney, supra*, and *Blainey, supra*. In *Blainey*, the Ontario human rights legislation prohibited discrimination on the basis of gender, but expressly allowed it in athletic organizations. Similarly, in *McKinney*, the impugned legislation prohibited discrimination on the basis of age, but in circumstances of employment, "age" was defined as 18 to 65, thereby depriving elderly workers of a benefit under the statute on the basis of their age. In both cases the legislation was found to violate s. 15(1).

79 The respondents suggest that because the government in those cases had decided to provide protection, it had to do so in a non-discriminatory manner, but that the present case is distinguishable because the *IRPA* remains silent with respect to sexual orientation. The fact that the legislation explicitly places limits on protection (to some within a category as in *McKinney*, or excluding a particular area of discrimination as in *Blainey*) cannot provide the sole basis for determining whether a distinction has been drawn by the legislation. This case too is one of partial protection although the exclusion or limit on protection takes a different form from that presented in *McKinney* and *Blainey*. Protection from discrimination is provided by the Government, by means of the *IRPA*, but only to some groups.

80 If the mere silence of the legislation was enough to remove it from s. 15(1) scrutiny then any legislature could easily avoid the objects of s. 15(1) simply by drafting laws which omitted reference to excluded groups. Such an approach would ignore the recognition that this Court has given to the principle that discrimination can arise from underinclusive legislation. This principle was expressed with great clarity by Dickson C.J. in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at p. 1240.

There he stated: "Underinclusion may be simply a backhanded way of permitting discrimination".

81 It is clear that the *IRPA*, by reason of its underinclusiveness, does create a distinction. The distinction is simultaneously drawn along two different lines. The first is the distinction between homosexuals, on one hand, and other disadvantaged groups which are protected under the Act, on the other. Gays and lesbians do not even have formal equality with reference to other protected groups, since those other groups are explicitly included and they are not.

82 The second distinction, and, I think, the more fundamental one, is between homosexuals and heterosexuals. This distinction may be more difficult to see because there is, on the surface, a measure of formal equality: gay or lesbian individuals have the same access as heterosexual individuals to the protection of the *IRPA* in the sense that they could complain to the Commission about an incident of discrimination on the basis of any of the grounds currently included. However, the exclusion of the ground of sexual orientation, considered in the context of the social reality of discrimination against gays and lesbians, clearly has a disproportionate impact on them as opposed to heterosexuals. Therefore the *IRPA* in its underinclusive state denies substantive equality to the former group. This was well expressed by W. N. Renke, "Case Comment *Vriend v. Alberta: Discrimination, Burdens of Proof, and Judicial Notice*" (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 925, at pp. 942-43:

If both heterosexuals and homosexuals equally suffered discrimination on the basis of sexual orientation, neither might complain of unfairness if the *IRPA* extended no remedies for discrimination on the basis of sexual orientation. A person belonging to one group would be treated like a person belonging to the other. Where, though, discrimination is visited virtually exclusively against persons with one type of sexual orientation,

an absence of legislative remedies for discrimination based on sexual orientation has a differential impact. The absence of remedies has no real impact on heterosexuals, since they have no complaints to make concerning sexual orientation. The absence of remedies has a real impact on homosexuals, since they are the persons discriminated against on the basis of sexual orientation. Furthermore, a heterosexual has recourse to all the currently available heads of discrimination, should a complaint be necessary. A homosexual, it is true, may also have recourse to those heads of discrimination, but the only type of discrimination he or she may suffer may be sexual orientation discrimination. He or she would have no remedy for this type of discrimination. Seen in this way, the *IRPA* does distinguish between homosexuals and heterosexuals.

See also Pothier, *supra*, at p. 119. It is possible that a heterosexual individual could be discriminated against on the ground of sexual orientation. Yet this is far less likely to occur than discrimination against a homosexual or lesbian on that same ground. It thus is apparent that there is a clear distinction created by the disproportionate impact which arises from the exclusion of the ground from the *IRPA*.

83 This case is similar in some respects to the recent case of *Eldridge, supra*. There the *Charter's* requirement of substantive, not merely formal, equality was unanimously affirmed. It was, as well, recognized that substantive equality may be violated by a legislative omission. At paras. 60-61 the principle was explained in this way:

The only question in this case, then, is whether the appellants have been afforded "equal benefit of the law without discrimination" within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. On its face, the medicare system in British Columbia applies equally to the deaf and hearing populations. It does not make an explicit "distinction" based on disability by singling out deaf persons for different treatment. Both deaf and hearing persons are entitled to receive certain medical services free of charge. The appellants nevertheless contend that the lack of funding for sign language interpreters renders them unable to benefit from this legislation to the same extent as hearing persons. Their claim, in other words, is one of "adverse effects" discrimination.

This Court has consistently held that s. 15(1) of the *Charter* protects against this type of discrimination. . . . Section 15(1), the Court held [in *Andrews*], was intended to ensure a measure of substantive, not merely formal equality.

84 Finally, the respondents' contention that the distinction is not created by law, but rather exists independently of the *IRPA* in society, cannot be accepted. It is, of course, true that discrimination against gays and lesbians exists in society. The reality of this cruel and unfortunate discrimination was recognized in *Egan*. Indeed it provides the context in which the legislative distinction challenged in this case must be analysed. The reality of society's discrimination against lesbians and gay men demonstrates that there is a distinction drawn in the *IRPA* which denies these groups equal protection of the law by excluding lesbians and gay men from its protection, the very protection they so urgently need because of the existence of discrimination against them in society. It is not necessary to find that the legislation creates the discrimination existing in society in order to determine that it creates a potentially discriminatory distinction.

85 Although the respondents try to distinguish this case from *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, the reasoning they put forward is very much reminiscent of the approach taken in that case. (See S. K. O'Byrne and J. F. McGinnis, "Case Comment: *Vriend v. Alberta; Plessy Revisited: Lesbian and Gay Rights in the Province of Alberta*" (1996), 34 *Alta. L. Rev.* 892, at pp. 920-22.) There it was held that a longer qualifying period for unemployment benefits relating to pregnancy was not discriminatory because it applied to all pregnant individuals, and that if this category happened only to include women, that was a distinction created by nature, not by law. This reasoning has since been emphatically rejected (see e.g. *Brooks*). *Eldridge* also emphatically rejected an argument that underinclusive legislation did not

discriminate because the inequality existed independently of the benefit provided by the state (at paras. 68-69).

86 The omission of sexual orientation as a protected ground in the *IRPA* creates a distinction on the basis of sexual orientation. The “silence” of the *IRPA* with respect to discrimination on the ground of sexual orientation is not “neutral”. Gay men and lesbians are treated differently from other disadvantaged groups and from heterosexuals. They, unlike gays and lesbians, receive protection from discrimination on the grounds that are likely to be relevant to them.

(b) *Denial of Equal Benefit and Protection of the Law*

87 It is apparent that the omission from the *IRPA* creates a distinction. That distinction results in a denial of the equal benefit and equal protection of the law. It is the exclusion of sexual orientation from the list of grounds in the *IRPA* which denies lesbians and gay men the protection and benefit of the Act in two important ways. They are excluded from the government’s statement of policy against discrimination, and they are also denied access to the remedial procedures established by the Act.

88 Therefore, the *IRPA*, by its omission or underinclusiveness, denies gays and lesbians the equal benefit and protection of the law on the basis of a personal characteristic, namely sexual orientation.

3. The Denial of Equal Benefit and Equal Protection Constitutes Discrimination Contrary to Section 15(1)

89 In *Egan*, it was said that there are two aspects which are relevant in determining whether the distinction created by the law constitutes discrimination. First, “whether the equality right was denied on the basis of a personal characteristic which is either enumerated in s. 15(1) or which is analogous to those enumerated”. Second “whether that distinction has the effect on the claimant of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to benefits or advantages which are available to others” (para. 131). A discriminatory distinction was also described as one which is “capable of either promoting or perpetuating the view that the individual adversely affected by this distinction is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration” (*Egan* at para. 56, *per* L’Heureux-Dubé J.). It may as well be appropriate to consider whether the unequal treatment is based on “the stereotypical application of presumed group or personal characteristics” (*Miron* at para. 128, *per* McLachlin J.).

(a) *The Equality Right is Denied on the Basis of a Personal Characteristic Which Is Analogous to Those Enumerated in Section 15(1)*

90 In *Egan*, it was held, on the basis of “historical social, political and economic disadvantage suffered by homosexuals” and the emerging consensus among legislatures (at para. 176), as well as previous judicial decisions (at para. 177), that sexual orientation is a ground analogous to those listed in s. 15(1). Sexual orientation is “a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at

unacceptable personal costs" (para. 5). It is analogous to the other personal characteristics enumerated in s. 15(1); and therefore this step of the test is satisfied.

91 It has been noted, for example by Iacobucci J. in *Benner* at para. 69, that:

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

It could therefore be assumed that a denial of the equal protection and benefit of the law on the basis of the analogous ground of sexual orientation is discriminatory. Yet in this case there are other factors present which support this conclusion.

(b) *The Distinction Has the Effect of Imposing a Burden or Disadvantage Not Imposed on Others and Withholds Benefits or Advantages Which Are Available to Others*

(i) Discriminatory Purpose

92 It was submitted by the appellants and several of the interveners that the purpose of the Alberta Government in excluding sexual orientation was itself discriminatory. The appellants suggest that the purpose behind the deliberate choice of the Government not to include sexual orientation as a protected ground is to deny that homosexuals are or were disadvantaged by discrimination, or alternatively to deny that homosexuals are worthy of protection against that discrimination. This, they contend, is a discriminatory purpose. The respondents, on the other hand, argued that there is insufficient evidence of a deliberate discriminatory intent on the part of the Government.

93 It is, however, unnecessary to decide whether there is evidence of a discriminatory purpose on the part of the provincial government. It is well-established that a finding of discrimination does not depend on an invidious, discriminatory intent (see e.g. *Turpin, supra*, and more recently *Eldridge*, at para. 62). Even unintentional discrimination may violate the *Charter*. In any *Charter* case either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect is sufficient to invalidate the challenged legislation (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 331). Therefore a finding of a discriminatory purpose in this case would merely provide another ground for the conclusion that the law is discriminatory, but is not necessary for that conclusion. In this case, the discriminatory effects of the legislation are sufficient in themselves to establish that there is discrimination in this case.

(ii) Discriminatory Effects of the Exclusion

94 The effects of the exclusion of sexual orientation from the protected grounds listed in the *IRPA* must be understood in the context of the nature and purpose of the legislation. The *IRPA* is a broad, comprehensive scheme for the protection of individuals from discrimination in the private sector. The preamble of the *IRPA* sets out the purposes and principles underlying the legislation in this manner:

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all persons is the foundation of freedom, justice and peace in the world; and

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all persons are equal in dignity and rights without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin; and

WHEREAS it is fitting that this principle be affirmed by the Legislature of Alberta in an enactment whereby those rights of the individual may be protected . . .

95 The commendable goal of the legislation, then, is to affirm and give effect to the principle that all persons are equal in dignity and rights. It prohibits discrimination in a number of areas and with respect to an increasingly expansive list of grounds.

96 The comprehensive nature of the Act must be taken into account in considering the effect of excluding one ground from its protection. It is not as if the Legislature had merely chosen to deal with one type of discrimination. In such a case it might be permissible to target only that specific type of discrimination and not another. This is, I believe, the type of case to which L'Heureux-Dubé J. was referring in the comments she made in *obiter* in her dissenting reasons in *McKinney* (at p. 436): “in my view, if the provinces chose to enact human rights legislation which only prohibited discrimination on the basis of sex, and not age, this legislation could not be held to violate the *Charter*”. McClung J.A. in the Alberta Court of Appeal was of the opinion that these comments were binding on the court and compelled the allowance of the appeal. With respect I believe he was mistaken. Those comments contemplated a type of legislation different from that at issue in this case, namely, legislation which seeks to address one specific problem or type of discrimination. The case at bar presents a very different situation. It is concerned with legislation that purports to provide comprehensive protection from discrimination for all individuals in Alberta. The selective exclusion of one group from that comprehensive protection therefore has a very different effect.

97 The first and most obvious effect of the exclusion of sexual orientation is that lesbians or gay men who experience discrimination on the basis of their sexual orientation are denied recourse to the mechanisms set up by the *IRPA* to make a formal complaint of discrimination and seek a legal remedy. Thus, the Alberta Human Rights Commission could not hear Vriend's complaint and cannot consider a complaint or take any action on behalf of any person who has suffered discrimination on the ground of sexual orientation. The denial of access to remedial procedures for discrimination on the ground of sexual orientation must have dire and demeaning consequences for those affected. This result is exacerbated both because the option of a civil remedy for discrimination is precluded and by the lack of success that lesbian women and gay men have had in attempting to obtain a remedy for discrimination on the ground of sexual orientation by complaining on other grounds such as sex or marital status. Persons who are discriminated against on the ground of sexual orientation, unlike others protected by the Act, are left without effective legal recourse for the discrimination they have suffered.

98 It may at first be difficult to recognize the significance of being excluded from the protection of human rights legislation. However it imposes a heavy and disabling burden on those excluded. In *Romer v. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996), the U.S. Supreme Court observed, at p. 1627:

the [exclusion] imposes a special disability upon those persons alone. Homosexuals are forbidden the safeguards that others enjoy or may seek without constraint. . . . These are protections taken for granted by most people either because they already have them or do not need them; these are protections against exclusion from an almost limitless number of transactions and endeavors that constitute ordinary civic life in a free society.

While that case concerned an explicit exclusion and prohibition of protection from discrimination, the effect produced by the legislation in this case is similar. The denial by legislative omission of protection to individuals who may well be in need of it is just as serious and the consequences just as grave as that resulting from explicit exclusion.

99 Apart from the immediate effect of the denial of recourse in cases of discrimination, there are other effects which, while perhaps less obvious, are at least as harmful. In *Haig*, the Ontario Court of Appeal based its finding of discrimination on both the “failure to provide an avenue for redress for prejudicial treatment of homosexual members of society” and “the possible inference from the omission that such treatment is acceptable” (p. 503). It can be reasonably inferred that the absence of any legal recourse for discrimination on the ground of sexual orientation perpetuates and even encourages that kind of discrimination. The respondents contend that it cannot be assumed that the “silence” of the *IRPA* reinforces or perpetuates discrimination, since governments “cannot legislate attitudes”. However, this argument seems disingenuous in light of the stated purpose of the *IRPA*, to prevent discrimination. It cannot be claimed that human rights legislation will help to protect individuals from discrimination, and at the same time contend that an exclusion from the legislation will have no effect.

100 However, let us assume, contrary to all reasonable inferences, that exclusion from the *IRPA*’s protection does not actually contribute to a greater incidence of discrimination on the excluded ground. Nonetheless that exclusion, deliberately chosen in the face of clear findings that discrimination on the ground of sexual orientation does exist in society, sends a strong and sinister message. The very

fact that sexual orientation is excluded from the *IRPA*, which is the Government's primary statement of policy against discrimination, certainly suggests that discrimination on the ground of sexual orientation is not as serious or as deserving of condemnation as other forms of discrimination. It could well be said that it is tantamount to condoning or even encouraging discrimination against lesbians and gay men. Thus this exclusion clearly gives rise to an effect which constitutes discrimination.

101 The exclusion sends a message to all Albertans that it is permissible, and perhaps even acceptable, to discriminate against individuals on the basis of their sexual orientation. The effect of that message on gays and lesbians is one whose significance cannot be underestimated. As a practical matter, it tells them that they have no protection from discrimination on the basis of their sexual orientation. Deprived of any legal redress they must accept and live in constant fear of discrimination. These are burdens which are not imposed on heterosexuals.

102 Perhaps most important is the psychological harm which may ensue from this state of affairs. Fear of discrimination will logically lead to concealment of true identity and this must be harmful to personal confidence and self-esteem. Compounding that effect is the implicit message conveyed by the exclusion, that gays and lesbians, unlike other individuals, are not worthy of protection. This is clearly an example of a distinction which demeans the individual and strengthens and perpetrates the view that gays and lesbians are less worthy of protection as individuals in Canada's society. The potential harm to the dignity and perceived worth of gay and lesbian individuals constitutes a particularly cruel form of discrimination.

103 Even if the discrimination is experienced at the hands of private individuals, it is the state that denies protection from that discrimination. Thus the adverse effects are particularly invidious. This was recognized in the following statement from *Egan* (at para. 161):

The law confers a significant benefit by providing state recognition of the legitimacy of a particular status. The denial of that recognition may have a serious detrimental effect upon the sense of self-worth and dignity of members of a group because it stigmatizes them Such legislation would clearly infringe s. 15(1) because its provisions would indicate that the excluded groups were inferior and less deserving of benefits.

This reasoning applies *a fortiori* in a case such as this where the denial of recognition involves something as fundamental as the right to be free from discrimination.

104 In excluding sexual orientation from the *IRPA*'s protection, the Government has, in effect, stated that "all persons are equal in dignity and rights", except gay men and lesbians. Such a message, even if it is only implicit, must offend s. 15(1), the "section of the *Charter*, more than any other, which recognizes and cherishes the innate human dignity of every individual" (*Egan*, at para. 128). This effect, together with the denial to individuals of any effective legal recourse in the event they are discriminated against on the ground of sexual orientation, amount to a sufficient basis on which to conclude that the distinction created by the exclusion from the *IRPA* constitutes discrimination.

4. "Mirror" Argument

105 The respondents take the position that if the appellants are successful, the result will be that human rights legislation will always have to "mirror" the *Charter* by including all of the enumerated and analogous grounds of the *Charter*. This would have the undesirable result of unduly constraining legislative choice and allowing the *Charter* to indirectly regulate private conduct, which should be left to the legislatures.

106 It is true that if the appellants' position is accepted, the result might be that the omission of one of the enumerated or analogous grounds from key provisions in comprehensive human rights legislation would always be vulnerable to constitutional challenge. It is not necessary to deal with the question since it is simply not true that human rights legislation will be forced to "mirror" the *Charter* in all cases. By virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, the *Charter* is part of the "supreme law of Canada", and so, human rights legislation, like all other legislation in Canada, must conform to its requirements. However, the notion of "mirroring" is too simplistic. Whether an omission is unconstitutional must be assessed in each case, taking into account the nature of the exclusion, the type of legislation, and the context in which it was enacted. The determination of whether a particular exclusion complies with s. 15 of the *Charter* would not be made through the mechanical application of any "mirroring" principle, but rather, as in all other cases, by determining whether the exclusion was proven to be discriminatory in its specific context and whether the discrimination could be justified under s. 1. If a provincial legislature chooses to take legislative measures which do not include all of the enumerated and analogous grounds of the *Charter*, deference may be shown to this choice, so long as the tests for justification under s. 1, including rational connection, are satisfied.

5. Conclusion Regarding Section 15

107 In summary, this Court has no choice but to conclude that the *IRPA*, by reason of the omission of sexual orientation as a protected ground, clearly violates s. 15 of the *Charter*. The *IRPA* in its underinclusive state creates a distinction which results in the denial of the equal benefit and protection of the law on the basis of sexual orientation, a personal characteristic which has been found to be analogous to the grounds enumerated in s. 15. This, in itself, would be sufficient to conclude that discrimination is present and therefore there is a violation of s. 15. The serious discriminatory effects of the exclusion of sexual orientation from the Act reinforce this conclusion. As a result, it is clear that the *IRPA*, as it stands, violates the equality rights of the appellant Vriend and of other gays and lesbians. It is therefore necessary to determine whether this violation can be justified under s. 1. This analysis will be undertaken by my colleague.

IACOBUCCI J.:

I. Analysis

A. *Section I of the Charter*

108 Section 1 of the *Charter* guarantees the rights and freedoms set out therein, but allows for *Charter* infringements provided that the state can establish that they are reasonably justifiable in a free and democratic society. The analytical framework for determining whether a statutory provision is a reasonable limit on a *Charter* right or

freedom has been set out many times since it was first established in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. It was recently restated in *Egan, supra*, at para. 182, which was quoted with approval in *Eldridge, supra*, at para. 84:

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.

1. Pressing and Substantial Objective

109 The appellants note that the jurisprudence is somewhat divided with respect to the proper focus of the analysis at this stage of the s. 1 inquiry. While some authorities have examined the purpose of the legislation in its entirety (see e.g. *Miron, supra; Egan, supra*), others have considered only the purpose of the limitation that allegedly infringes the *Charter* (see e.g. *RJR-Macdonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, *per* McLachlin J.; *McKinney, supra*). In my view, where, as here, a law has been found to violate the *Charter* owing to underinclusion, the legislation as a whole, the impugned provisions, and the omission itself are all properly considered.

110 Section 1 of the *Charter* states that it is the limits on *Charter* rights and freedoms that must be demonstrably justified in a free and democratic society. It follows that under the first part of the *Oakes* test, the analysis must focus upon the

objective of the impugned limitation, or in this case, the omission. Indeed, in *Oakes, supra*, at p. 138, Dickson C.J. noted that it was the objective “which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve” (emphasis added) that must be pressing and substantial.

111 However, in my opinion, the objective of the omission cannot be fully understood in isolation. It seems to me that some consideration must also be given to both the purposes of the Act as a whole and the specific impugned provisions so as to give the objective of the omission the context that is necessary for a more complete understanding of its operation in the broader scheme of the legislation.

112 Applying these principles to the case at bar, the preamble of the *IRPA* suggests that the object of the Act in its entirety is the recognition and protection of the inherent dignity and inalienable rights of Albertans through the elimination of discriminatory practices. Clearly, the protection of human rights in our society is a laudable goal and is aptly described as pressing and substantial. As to the impugned provisions, their objective can generally be described as the protection against discrimination for Albertans belonging to specific groups in various settings, for example, employment and accommodation. This too is properly regarded as a pressing and substantial objective.

113 Against this backdrop, what can be said of the objective of the omission? The respondents submit that only the overall goal of the Act need be examined and offer no direct submissions in answer to this question. In the Court of Appeal, absent any evidence on this point, Hunt J.A. relied on the factum of the respondents from which she gleaned several possible reasons why, when the matter was debated by the

Alberta Legislature in 1985 and considered at various other times, a decision was made not to add sexual orientation to the *IRPA*. Some of these same reasons appear in the factum that the respondents have submitted to this Court and include the following:

- The *IRPA* is inadequate to address some of the concerns expressed by the homosexual community (eg. parental acceptance) (paragraph 57);
- Attitudes cannot be changed by order of the Human Rights Commission (paragraph 57);
- Despite the Minister asking for examples which would be ameliorated by the inclusion of sexual orientation in the *IRPA* (e.g. employment), only a few illustrations were provided (paragraph 57);
- Codification of marginal grounds which affect few persons raises objections from larger numbers of others, adding to the number of exemptions that would have been needed to satisfy both groups (paragraph 66).

114 In my view, although these statements go some distance toward explaining the Legislature's choice to exclude sexual orientation from the *IRPA*, this is not the type of evidence required under the first step of the *Oakes* test. At the first stage of that test, the government is asked to demonstrate that the "objective" of the omission is pressing and substantial. An "objective", being a goal or a purpose to be achieved, is a very different concept from an "explanation" which makes plain that which is not immediately obvious. In my opinion, the above statements fall into the latter category and hence are of little help.

115 In his reasons for judgment, McClung J.A. alludes to "moral" considerations that likely informed the Legislature's choice. However, even if such considerations could be said to amount to a pressing and substantial objective (a position which I find difficult to accept in this case), I note that it is well established that the onus of justifying a *Charter* infringement rests on the government (see e.g.

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143). In the absence of any submissions regarding the pressing and substantial nature of the objective of the omission, the respondents have failed to discharge their evidentiary burden, and thus, I conclude that their case must fail at this first stage of the s. 1 analysis.

116 Often, the objective of an omission is discernible from the Act as a whole. Where it is not, one can look to the effects of the omission. Even if I were to put the evidentiary burden aside in an attempt to discover an objective for the omission from the provisions of the *IRPA*, in my view, the result would be the same. As I noted above, the overall goal of the *IRPA* is the protection of the dignity and rights of all persons living in Alberta. The exclusion of sexual orientation from the Act effectively denies gay men and lesbians such protection. In my view, where, as here, a legislative omission is on its face the very antithesis of the principles embodied in the legislation as a whole, the Act itself cannot be said to indicate any discernible objective for the omission that might be described as pressing and substantial so as to justify overriding constitutionally protected rights. Thus, on either analysis, the respondents' case fails at the initial step of the *Oakes* test.

2. Proportionality Analysis

(a) *Rational Connection*

117 On the basis of my conclusion above, it is not necessary to analyse the second part of the *Oakes* test to dispose of this appeal. However, to deal with this matter more fully, I will go on to consider the remainder of the test. I will assume, solely for the sake of the analysis, that the respondents correctly argued that where the

objective of the whole of the legislation is pressing and substantial, this is sufficient to satisfy the first stage of the inquiry under s. 1 of the *Charter*.

118 At the second stage of the *Oakes* test, the preliminary inquiry is a consideration of the rationality of the impugned provisions (*Oakes, supra*, at p. 141). The party invoking s. 1 must demonstrate that a rational connection exists between the objective of the provisions under attack and the measures that have been adopted. Thus, in the case at bar, it falls to the Legislature to show that there is a rational connection between the goal of protection against discrimination for Albertans belonging to specific groups in various settings, and the exclusion of gay men and lesbians from the impugned provisions of the *IRPA*.

119 Far from being rationally connected to the objective of the impugned provisions, the exclusion of sexual orientation from the Act is antithetical to that goal. Indeed, it would be nonsensical to say that the goal of protecting persons from discrimination is rationally connected to, or advanced by, denying such protection to a group which this Court has recognized as historically disadvantaged (see *Egan, supra*).

120 However, relying on the reasons of Sopinka J. in *Egan*, the respondents submit that a rational connection to the purpose of a statute can be achieved through the use of incremental means which, over time, expand the scope of the legislation to all those whom the legislature determines to be in need of statutory protection. The respondents further suggest that the legislative history of the *IRPA* demonstrates a pattern of progressive incrementalism sufficient to meet the Government's onus under

the rational connection stage of the *Oakes* test. In my view, this argument cannot be sustained.

121 The incrementalism approach was advocated in *Egan* by Sopinka J. in a context very different from that in the case at bar. Firstly, in *Egan*, where the concern was the exclusion of same-sex couples from the *Old Age Security Act*'s definition of the term "spouse", the Attorney General took the position that more acceptable arrangements could be worked out over time. In contrast, in the present case, the inclusion of sexual orientation in the *IRPA* has been repeatedly rejected by the Alberta Legislature. Thus, it is difficult to see how any form of "incrementalism" is being applied with regard to the protection of the rights of gay men and lesbians. Secondly, in *Egan* there was considerable concern regarding the financial impact of extending a benefits scheme to a previously excluded group. Including sexual orientation in the *IRPA* does not give rise to the same concerns. Indeed, the trial judge, despite the absence of evidence on this matter, assumed that the budgetary impact on the Human Rights Commission would not be substantial enough to change the scheme of the legislation. Having not heard anything persuasive to the contrary, I am prepared to make this same assumption.

122 In addition, in *Egan*, writing on behalf of myself and Cory J., I took the position that the need for governmental incrementalism was an inappropriate justification for *Charter* violations. I remain convinced that this approach is generally not suitable for that purpose, especially where, as here, the statute in issue is a comprehensive code of human rights provisions. In my opinion, groups that have historically been the target of discrimination cannot be expected to wait patiently for the protection of their human dignity and equal rights while governments move toward

reform one step at a time. If the infringement of the rights and freedoms of these groups is permitted to persist while governments fail to pursue equality diligently, then the guarantees of the *Charter* will be reduced to little more than empty words.

(b) *Minimal Impairment*

123 The respondents contend that an *IRPA* which is silent as to sexual orientation minimally impairs the appellants' s. 15 rights. The *IRPA* is alleged to be the type of social policy legislation that requires the Alberta Legislature to mediate between competing groups. It is suggested that the competing interests in the present case are religious freedom and homosexuality. Relying upon Sopinka J.'s reasons in *Egan, supra*, the respondents advocate judicial deference in these circumstances. I reject these submissions for several reasons.

124 To begin, I cannot accede to the suggestion that the Alberta Legislature has been cast in the role of mediator between competing groups. To the extent that there may be a conflict between religious freedom and the protection of gay men and lesbians, the *IRPA* contains internal mechanisms for balancing these rival concerns. Section 11.1 of the *IRPA* provides a defence where the discrimination was "reasonable and justifiable in the circumstances". In addition, ss. 7(3) and 8(2) excuse discrimination which can be linked to a *bona fide* occupational requirement. The balancing provisions ensure that no conferral of rights is absolute. Rather, rights are recognized in tandem, with no one right being automatically paramount to another.

125 Given the presence of the internal balancing mechanisms, the argument that the Government's choices regarding the conferral of rights are constrained by its role

as mediator between competing concerns cannot be sustained. The Alberta Legislature is not being asked to abandon the role of mediator. Rather, by virtue of the provisions of the *IRPA*, this is a task which is carried out as the Act is applied on a case-by-case basis in specific factual contexts. Thus, in the present case it is no answer to say that rights cannot be conferred upon one group because of a conflict with the rights of others. A complete solution to any such conflict already exists within the legislation.

126 In any event, although this Court has recognized that the Legislatures ought to be accorded some leeway when making choices between competing social concerns (see e.g. *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Egan, supra, per* Sopinka J.), judicial deference is not without limits. In *Eldridge, supra*, La Forest J. quoted with approval from his reasons in *Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 44, wherein he stated that “the deference that will be accorded to the government when legislating in these matters does not give them an unrestricted licence to disregard an individual's *Charter* rights”. This position was echoed by McLachlin J. in *RJR-Macdonald, supra*, at para. 136:

. . . care must be taken not to extend the notion of deference too far. Deference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable. Parliament has its role: to choose the appropriate response to social problems within the limiting framework of the Constitution. But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament's choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament. To carry judicial deference to the point of accepting Parliament's view simply on the basis that the problem is serious and the solution is difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon which our constitution and our nation is founded.

127 In the present case, the Government of Alberta has failed to demonstrate that it had a reasonable basis for excluding sexual orientation from the *IRPA*. Gay men and lesbians do not have any, much less equal, protection against discrimination on the basis of sexual orientation under the *IRPA*. The exclusion constitutes total, not minimal, impairment of the *Charter* guarantee of equality. In these circumstances, the call for judicial deference is inappropriate.

(c) *Proportionality Between the Effect of the Measure and the Objective of the Legislation*

128 The respondents did not address this third element of the proportionality requirement. However, in my view, the deleterious effects of the exclusion of sexual orientation from the *IRPA*, as noted by Cory J., are numerous and clear. As the Alberta Government has failed to demonstrate any salutary effect of the exclusion in promoting and protecting human rights, I cannot accept that there is any proportionality between the attainment of the legislative goal and the infringement of the appellants' equality rights. I conclude that the exclusion of sexual orientation from the *IRPA* does not meet the requirements of the *Oakes* test and accordingly, it cannot be saved under s. 1 of the *Charter*.

II. Remedy

A. *Introduction: The Relationship Between the Legislatures and the Courts Under the Charter*

129 Having found the exclusion of sexual orientation from the *IRPA* to be an unjustifiable violation of the appellants' equality rights, I now turn to the question of

remedy under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Before discussing the jurisprudence on remedies, I believe it might be helpful to pause to reflect more broadly on the general issue of the relationship between legislatures and the courts in the age of the *Charter*.

130 Much was made in argument before us about the inadvisability of the Court interfering with or otherwise meddling in what is regarded as the proper role of the legislature, which in this case was to decide whether or not sexual orientation would be added to Alberta's human rights legislation. Indeed, it seems that hardly a day goes by without some comment or criticism to the effect that under the *Charter* courts are wrongfully usurping the role of the legislatures. I believe this allegation misunderstands what took place and what was intended when our country adopted the *Charter* in 1981-82.

131 When the *Charter* was introduced, Canada went, in the words of former Chief Justice Brian Dickson, from a system of Parliamentary supremacy to constitutional supremacy ("Keynote Address", in *The Cambridge Lectures 1985* (1985), at pp. 3-4). Simply put, each Canadian was given individual rights and freedoms which no government or legislature could take away. However, as rights and freedoms are not absolute, governments and legislatures could justify the qualification or infringement of these constitutional rights under s. 1 as I previously discussed. Inevitably disputes over the meaning of the rights and their justification would have to be settled and here the role of the judiciary enters to resolve these disputes. Many countries have assigned the important role of judicial review to their supreme or constitutional courts (for an excellent analysis on these developments see D. M. Beatty,

ed., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (1994); B. Ackerman, "The Rise of World Constitutionalism" (1997), 83 *Virginia L. Rev.* 771).

132 We should recall that it was the deliberate choice of our provincial and federal legislatures in adopting the *Charter* to assign an interpretive role to the courts and to command them under s. 52 to declare unconstitutional legislation invalid.

133 However, giving courts the power and commandment to invalidate legislation where necessary has not eliminated the debate over the "legitimacy" of courts taking such action. As eloquently put by A. M. Bickel in his outstanding work *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, (2nd ed.1986), "it thwarts the will of representatives of the . . . people" (p. 17). So judicial review, it is alleged, is illegitimate because it is anti-democratic in that unelected officials (judges) are overruling elected representatives (legislators) (see e.g. A. A. Peacock, ed., *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory* (1996); R. Knopff and F. L. Morton, *Charter Politics* (1992); M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada* (1994), c. 2).

134 To respond, it should be emphasized again that our *Charter*'s introduction and the consequential remedial role of the courts were choices of the Canadian people through their elected representatives as part of a redefinition of our democracy. Our constitutional design was refashioned to state that henceforth the legislatures and executive must perform their roles in conformity with the newly conferred constitutional rights and freedoms. That the courts were the trustees of these rights

insofar as disputes arose concerning their interpretation was a necessary part of this new design.

135 So courts in their trustee or arbiter role must performe scrutinize the work of the legislature and executive not in the name of the courts, but in the interests of the new social contract that was democratically chosen. All of this is implied in the power given to the courts under s. 24 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

136 Because the courts are independent from the executive and legislature, litigants and citizens generally can rely on the courts to make reasoned and principled decisions according to the dictates of the constitution even though specific decisions may not be universally acclaimed. In carrying out their duties, courts are not to second-guess legislatures and the executives; they are not to make value judgments on what they regard as the proper policy choice; this is for the other branches. Rather, the courts are to uphold the Constitution and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others' role and the role of the courts.

137 This mutual respect is in some ways expressed in the provisions of our constitution as shown by the wording of certain of the constitutional rights themselves. For example, s. 7 of the *Charter* speaks of no denial of the rights therein except in accordance with the principles of fundamental justice, which include the process of law and legislative action . Section 1 and the jurisprudence under it are also important to ensure respect for legislative action and the collective or societal interests represented by legislation. In addition, as will be discussed below, in fashioning a remedy with

regard to a *Charter* violation, a court must be mindful of the role of the legislature. Moreover, s. 33, the notwithstanding clause, establishes that the final word in our constitutional structure is in fact left to the legislature and not the courts (see P. Hogg and A. Bushell, "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75).

138 As I view the matter, the *Charter* has given rise to a more dynamic interaction among the branches of governance. This interaction has been aptly described as a "dialogue" by some (see e.g. Hogg and Bushell, *supra*). In reviewing legislative enactments and executive decisions to ensure constitutional validity, the courts speak to the legislative and executive branches. As has been pointed out, most of the legislation held not to pass constitutional muster has been followed by new legislation designed to accomplish similar objectives (see Hogg and Bushell, *supra*, at p. 82). By doing this, the legislature responds to the courts; hence the dialogue among the branches.

139 To my mind, a great value of judicial review and this dialogue among the branches is that each of the branches is made somewhat accountable to the other. The work of the legislature is reviewed by the courts and the work of the court in its decisions can be reacted to by the legislature in the passing of new legislation (or even overarching laws under s. 33 of the *Charter*). This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it.

140 There is also another aspect of judicial review that promotes democratic values. Although a court's invalidation of legislation usually involves negating the

will of the majority, we must remember that the concept of democracy is broader than the notion of majority rule, fundamental as that may be. In this respect, we would do well to heed the words of Dickson C.J. in *Oakes, supra*, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe to embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

141 So, for example, when a court interprets legislation alleged to be a reasonable limitation in a free and democratic society as stated in s. 1 of the *Charter*, the court must inevitably delineate some of the attributes of a democratic society. Although it is not necessary to articulate the complete list of democratic attributes in these remarks, Dickson C.J.'s comments remain instructive (see also: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, *per* Dickson C.J.; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, *per* La Forest J.).

142 Democratic values and principles under the *Charter* demand that legislators and the executive take these into account; and if they fail to do so, courts should stand ready to intervene to protect these democratic values as appropriate. As others have so forcefully stated, judges are not acting undemocratically by intervening when there are indications that a legislative or executive decision was not reached in accordance with the democratic principles mandated by the *Charter* (see W. Black, "Vriend, Rights and Democracy" (1996), 7 *Constitutional Forum* 126; D. M. Beatty, "Law and Politics" (1996), 44 *Am. J. Comp. L.* 131, at p. 149; M. Jackman, "Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the *Charter*" (1997), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661).

143 With this background in mind, I now turn to discuss the jurisprudence on the specific question of the choice of the appropriate remedy that should apply in this appeal.

B. *Remedial Principles*

144 The leading case on constitutional remedies is *Schachter, supra*. Writing on behalf of the majority in *Schachter*, Lamer C.J. stated that the first step in selecting a remedial course under s. 52 is to define the extent of the *Charter* inconsistency which must be struck down. In the present case, that inconsistency is the exclusion of sexual orientation from the protected grounds of the *IRPA*. As I have concluded above, this exclusion is an unjustifiable infringement upon the equality rights guaranteed in s. 15 of the *Charter*.

145 Once the *Charter* inconsistency has been identified, the next step is to determine which remedy is appropriate. In *Schachter*, this Court noted that, depending upon the circumstances, there are several remedial options available to a court in dealing with a *Charter* violation that was not saved by s. 1. These include striking down the legislation, severance of the offending sections, striking down or severance with a temporary suspension of the declaration of invalidity, reading down, and reading provisions into the legislation.

146 Because the *Charter* violation in the instant case stems from an omission, the remedy of reading down is simply not available. Further, I note that given the considerable number of sections at issue in this case and the important roles they play

in the scheme of the *IRPA* as a whole, severance of these sections from the remainder of the Act would be akin to striking down the entire Act.

147 The appellants suggest that the circumstances of this case warrant the reading in of sexual orientation into the offending sections of the *IRPA*. However, in the Alberta Court of Appeal, O'Leary J.A. and Hunt J.A. agreed that the appropriate remedy would be to declare the relevant provisions of the *IRPA* unconstitutional and to suspend that declaration for a period of time to allow the Legislature to address the matter. McClung J.A. would have gone further and declared the *IRPA* invalid in its entirety. With respect, for the reasons that follow, I cannot agree with either remedy chosen by the Court of Appeal.

148 In *Schachter, supra*, Lamer C.J. noted that when determining whether the remedy of reading in is appropriate, courts must have regard to the “twin guiding principles”, namely, respect for the role of the legislature and respect for the purposes of the *Charter*, which I have discussed generally above. Turning first to the role of the legislature, Lamer C.J. stated at p. 700 that reading in is an important tool in “avoiding undue intrusion into the legislative sphere . . . [T]he purpose of reading in is to be as faithful as possible within the requirements of the Constitution to the scheme enacted by the Legislature.”

149 He went on to quote the following passage from Carol Rogerson in “The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness”, in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), 233, at p. 288:

Courts should certainly go as far as required to protect rights, but no further. Interference with legitimate legislative purposes should be minimized and laws serving such purposes should be allowed to remain operative to the extent that rights are not violated. Legislation which serves desirable social purposes may give rise to entitlements which themselves deserve some protection.

150 As I discussed above, the purpose of the *IRPA* is the recognition and protection of the inherent dignity and inalienable rights of Albertans through the elimination of discriminatory practices. It seems to me that the remedy of reading in would minimize interference with this clearly legitimate legislative purpose and thereby avoid excessive intrusion into the legislative sphere whereas striking down the *IRPA* would deprive all Albertans of human rights protection and thereby unduly interfere with the scheme enacted by the Legislature.

151 I find support for my position in *Haig, supra*, where the Ontario Court of Appeal read the words “sexual orientation” into s. 3(1) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6. At p. 508, Krever J.A., writing for a unanimous court, stated that it was

. . . inconceivable . . . that Parliament would have preferred no human rights Act over one that included sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. To believe otherwise would be a gratuitous insult to Parliament.

152 Turning to the second of the twin guiding principles, the respondents suggest that the facts of this case are illustrative of a conflict between two grounds, namely, religion and sexual orientation. If sexual orientation were simply read into the *IRPA*, the respondents contend that this would undermine the ability of the *IRPA* to provide protection against discrimination based on religion, one of the fundamental

goals of that legislation. This result is alleged to be “inconsistent with the deeper social purposes of the *Charter*”.

153 I concluded above that the internal balancing mechanisms of the *IRPA* were an adequate means of disposing of any conflict that might arise between religion and sexual orientation. Thus, I cannot accept the respondents’ assertion that the reading in approach does not respect the purposes of the *Charter*. In fact, as I see the matter, reading sexual orientation into the *IRPA* as a further ground of prohibited discrimination can only enhance those purposes. The *Charter*, like the *IRPA*, is concerned with the promotion and protection of inherent dignity and inalienable rights. Thus, expanding the list of prohibited grounds of discrimination in the *IRPA* allows this Court to act in a manner which, consistent with the purposes of the *Charter*, would augment the scope of the *IRPA*’s protections. In contrast, striking down or severing parts of the *IRPA* would deny all Albertans protection from marketplace discrimination. In my view, this result is clearly antithetical to the purposes of the *Charter*.

154 In *Schachter, supra*, Lamer C.J. noted that the twin guiding principles can only be fulfilled if due consideration is given to several additional criteria which further inform the determination as to whether the remedy of reading in is appropriate. These include remedial precision, budgetary implications, effects on the thrust of the legislation, and interference with legislative objectives.

155 As to the first of the above listed criteria, the court must be able to define with a “sufficient degree of precision” how the statute ought to be extended in order to comply with the Constitution. I do not believe that the present case is one in which

this Court has been improperly called upon to fill in large gaps in the legislation. Rather, in my view, there is remedial precision in so far as the insertion of the words "sexual orientation" into the prohibited grounds of discrimination listed in the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *IRPA* will, without more, ensure the validity of the legislation and remedy the constitutional wrong.

156 In her reasons in this case, Hunt J.A. concluded that there was insufficient remedial precision to justify the remedy of reading in. She expressed two concerns. Firstly, she held that adequate precision likely would not be possible without a definition of the term "sexual orientation". With respect, I cannot agree. Although the term "sexual orientation" has been defined in the human rights legislation of the Yukon Territory, it appears undefined in the *Canadian Human Rights Act*, the human rights legislation of Nova Scotia, New Brunswick, Quebec, Ontario, Manitoba, Saskatchewan, British Columbia, and s. 718.2(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended by S.C. 1995, c. 22, s. 6. In addition, "sexual orientation" was not defined when it was recognized by this Court in *Egan, supra*, as an analogous ground under s. 15 of the *Charter*. In my opinion, "sexual orientation" is a commonly used term with an easily discernible common sense meaning.

157 In addition, I concur with the comments of R. Khullar (in "*Vriend: Remedial Issues for Unremedied Discrimination*" (1997), 7 N.J.C.L. 221) who stated (at pp. 237-38) that,

[i]f there is any ambiguity in the term "sexual orientation," it is no greater than that encompassed by terms such as "race," "ethnic origin" or "religion," all of which are undefined prohibited grounds of discrimination in the *Charter* which have not posed any undue difficulty for the courts or legislatures to understand and apply.

158 Hunt J.A. was also troubled by the possible impact of reading in upon s. 7(2) of the *IRPA*. This section states that s. 7(1) (employment), as regards age and marital status, "does not affect the operation of any bona fide retirement or pension plan or the terms or conditions of any bona fide group or employee insurance plan". As the Court of Appeal heard no argument on this point and as there was no evidence before the court to explain the rationale behind this provision, Hunt J.A. held that, if the protections of the *IRPA* were to be extended to gay men and lesbians, it would be necessary to decide whether this group would be included or excluded from s. 7(2). She found that this was something the court was in no position to do. In light of this difficulty, Hunt J.A. was concerned that the reading in remedy "would engage the court in the kind of "filling in of details" against which Lamer, C.J.C., cautions in *Schachter [supra]*" (p. 69).

159 In my view, whether gay men and lesbians are included or excluded from s. 7(2) is a peripheral issue which does not deprive the reading in remedy of the requisite precision. I agree with K. Roach who noted that the legislature "can always subsequently intervene on matters of detail that are not dictated by the Constitution" (*Constitutional Remedies in Canada* (1994 (looseleaf)), at p. 14-64.1). I therefore conclude on this point that, in the present case, there is sufficient remedial precision to justify the remedy of reading in.

160 Turning to budgetary repercussions, in the circumstances of the present appeal, such considerations are not sufficiently significant to warrant avoiding the reading in approach. On this issue, the trial judge stated (at p. 18):

There will undoubtedly be some budgetary impact on the Human Rights Commission as a result of the addition of sexual orientation as a

prohibited ground of discrimination. But, unlike *Schachter* [supra], it would not be substantial enough to change the nature of the scheme of the legislation.

Although the scope of this Court's review of the *IRPA* is considerably broader than that which the trial judge was asked to undertake, as I noted above, having not heard anything persuasive to the contrary, I am not prepared to interfere with the trial judge's findings on this matter.

161 As to the effects on the thrust of the legislation, it is difficult to see any deleterious impact. All persons covered under the current scope of the *IRPA* would continue to benefit from the protection provided by the Act in the same manner as they had before the reading in of sexual orientation. Thus, I conclude that it is reasonable to assume that, if the Legislature had been faced with the choice of having no human rights statute or having one that offered protection on the ground of sexual orientation, the latter option would have been chosen. As the inclusion of sexual orientation in the *IRPA* does not alter the legislation to any significant degree, it is reasonable to assume that the Legislature would have enacted it in any event.

162 In addition, in *Schachter*, *supra*, Lamer C.J. noted that, in cases where the issue is whether to extend benefits to a group excluded from the legislation, the question of the effects on the thrust of the legislation will sometimes focus on the size of the group to be added as compared to the group originally benefited. He quoted with approval from *Knodel*, *supra*, where Rowles J. extended the provision of benefits to spouses to include same-sex spouses. In her view, the remedy of reading in was far less intrusive to the intention of the legislature than striking down the benefits scheme

because the group to be added was much smaller than the group already receiving the benefits.

163 Lamer C.J. went on to note that, "[w]here the group to be added is smaller than the group originally benefitted, this is an indication that the assumption that the legislature would have enacted the benefit in any case is a sound one" (p. 712). In the present case, gay men and lesbians are clearly a smaller group than those already benefited by the *IRPA*. Thus, in my view, reading in remains the less intrusive option.

164 The final criterion to examine is interference with the legislative objective. In *Schachter*, Lamer C.J. commented upon this factor as follows (at pp. 707-8):

The degree to which a particular remedy intrudes into the legislative sphere can only be determined by giving careful attention to the objective embodied in the legislation in question. . . . A second level of legislative intention may be manifest in the means chosen to pursue that objective.

165 With regard to the first level of legislative intention, as I discussed above, it is clear that reading sexual orientation into the *IRPA* would not interfere with the objective of the legislation. Rather, in my view, it can only enhance that objective. However, at first blush, it appears that reading in might interfere with the second level of legislative intention identified by Lamer C.J.

166 As the Alberta Legislature has expressly chosen to exclude sexual orientation from the list of prohibited grounds of discrimination in the *IRPA*, the respondents argue that reading in would unduly interfere with the will of the Government. McClung J.A. shares this view. In his opinion, the remedy of reading in will never be appropriate where a legislative omission reflects a deliberate choice

of the legislating body. He states that if a statute is unconstitutional, “the preferred consequence should be its return to the sponsoring legislature for representative, constitutional overhaul” (p. 35). However, as I see the matter, by definition, *Charter* scrutiny will always involve some interference with the legislative will.

167 Where a statute has been found to be unconstitutional, whether the court chooses to read provisions into the legislation or to strike it down, legislative intent is necessarily interfered with to some extent. Therefore, the closest a court can come to respecting the legislative intention is to determine what the legislature would likely have done if it had known that its chosen measures would be found unconstitutional. As I see the matter, a deliberate choice of means will not act as a bar to reading in save for those circumstances in which the means chosen can be shown to be of such centrality to the aims of the legislature and so integral to the scheme of the legislation, that the legislature would not have enacted the statute without them.

168 Indeed, as noted by the intervener Canadian Jewish Congress, if reading in is always deemed an inappropriate remedy where a government has expressly chosen a course of action, this amounts to the suggestion that whenever a government violates a *Charter* right, it ought to do so in a deliberate manner so as to avoid the remedy of reading in. In my view, this is a wholly unacceptable result.

169 In the case at bar, the means chosen by the legislature, namely, the exclusion of sexual orientation from the *IRPA*, can hardly be described as integral to the scheme of that Act. Nor can I accept that this choice was of such centrality to the aims of the legislature that it would prefer to sacrifice the entire *IRPA* rather than

include sexual orientation as a prohibited ground of discrimination, particularly for the reasons I will now discuss.

170

As mentioned by my colleague Cory J., in 1993, the Alberta Legislature appointed the Alberta Human Rights Review Panel to conduct a public review of the *IRPA* and the Alberta Human Rights Commission. The Panel issued a report making several recommendations including the inclusion of sexual orientation as a prohibited ground of discrimination in all areas covered by the Act. The Government responded to this recommendation by deferring the decision to the judiciary: “This recommendation will be dealt with through the current court case *Vriend v. Her Majesty the Queen in Right of Alberta and Her Majesty’s Attorney General in and for the Province of Alberta*” (*Our Commitment to Human Rights: The Government’s Response to the Recommendations of the Alberta Human Rights Review Panel* (1995), at p. 21).

171

In my opinion, this statement is a clear indication that, in light of the controversy surrounding the protection of gay men and lesbians under the *IRPA*, it was the intention of the Alberta Legislature to defer to the courts on this issue. Indeed, I interpret this statement to be an express invitation for the courts to read sexual orientation into the *IRPA* in the event that its exclusion from the legislation is found to violate the provisions of the *Charter*. Therefore, primarily because of this and contrary to the assertions of the respondents, I believe that, in these circumstances, the remedy of reading in is entirely consistent with the legislative intention.

172

In addition to the comments which I outlined above, McClung J.A. also criticizes the remedy of reading in on a more fundamental level. He views the reading

of provisions into a statute as an unacceptable intrusion of the courts into the legislative process. Commenting upon the trial judge's decision to read sexual orientation into the *IRPA* he stated (at pp. 29-30):

To amend and extend it, by reading up to include "sexual orientation" was a sizeable judicial intervention into the affairs of the community and, at a minimum, an undesirable arrogation of legislative power by the court . . . to me it is an extravagant exercise for any s. 96 judge to use the enormous review power of his or her office in this way in order to wean competent legislatures from their "errors".

173 McClung J.A. goes on to suggest that, by reading in, the trial judge overrode the express will of the electors of the Province of Alberta who, speaking through their parliamentary representatives, have decided that sexual orientation is not to be included in the protected categories of the *IRPA*.

174 With respect, for the reasons outlined in the previous section of these reasons, I do not accept that extending the legislation in this case is an undemocratic exercise of judicial power. Rather, I concur with the comments of W. Black, who states (in "*Vriend, Rights and Democracy*" (1996), 7 *Constitutional Forum* 126, at p. 128) that:

. . . there is no conflict between judicial review and democracy if judges intervene where there are indications that a decision was not reached in accordance with democratic principles. Democracy requires that all citizens be allowed to participate in the democratic process, either directly or through equal consideration by their representatives. Parliamentary sovereignty is a means to this end, not an end in itself.

175 In my view, the process by which the Alberta Legislature decided to exclude sexual orientation from the *IRPA* was inconsistent with democratic principles.

Both the trial judge and all judges in the Court of Appeal agreed that the exclusion of sexual orientation from the *IRPA* was a conscious and deliberate legislative choice. While McClung J.A. relies on this fact as a reason for the courts not to intervene, the theories of judicial review developed by several authors (see e.g. Black, *supra*; J. H. Ely, *Democracy and Distrust A Theory of Judicial Review* (1980)); P. Monahan, "A Theory of Judicial Review Under the *Charter*", in *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada* (1987), at pp. 97-138); D. M. Beatty. *Constitutional Law in Theory and Practice* (1995)) suggest the opposite conclusion.

176 As I have already discussed, the concept of democracy means more than majority rule as Dickson C.J. so ably reminded us in *Oakes, supra*. In my view, a democracy requires that legislators take into account the interests of majorities and minorities alike, all of whom will be affected by the decisions they make. Where the interests of a minority have been denied consideration, especially where that group has historically been the target of prejudice and discrimination, I believe that judicial intervention is warranted to correct a democratic process that has acted improperly (see Black, *supra*; M. Jackman, *supra*, at p. 680).

177 At p. 35 of his reasons, McClung J.A. states:

Allowing judicial, and basically final, proclamation of legislative change ignores our adopted British parliamentary safeguards, historic in themselves, and which are the practical bulkheads that protect representative government. When unelected judges choose to legislate, parliamentary checks, balances and conventions are simply shelved.

178 With respect, I do not agree. When a court remedies an unconstitutional statute by reading in provisions, no doubt this constrains the legislative process and therefore should not be done needlessly, but only after considered examination. However, in my view, the “parliamentary safeguards” remain. Governments are free to modify the amended legislation by passing exceptions and defences which they feel can be justified under s. 1 of the *Charter*. Thus, when a court reads in, this is not the end of the legislative process because the legislature can pass new legislation in response, as I outlined above (see also Hogg and Bushell, *supra*). Moreover, the legislators can always turn to s. 33 of the *Charter*, the override provision, which in my view is the ultimate “parliamentary safeguard”.

179 On the basis of the foregoing analysis, I conclude that reading sexual orientation into the impugned provisions of the *IRPA* is the most appropriate way of remedying this underinclusive legislation. The appellants suggest that this remedy should have immediate effect. I agree. There is no risk in the present case of harmful unintended consequences upon private parties or public funds (see e.g. *Egan, supra*). Further, the mechanisms to deal with complaints of discrimination on the basis of sexual orientation are already in place and require no significant adjustment. I find additional support for my position in both *Haig, supra*, and *Newfoundland (Human Rights Commission) v. Newfoundland (Minister of Employment and Labour Relations)* (1995), 127 D.L.R. (4th) 694 (Nfld. S.C.), where sexual orientation was read into the impugned statutes without a suspension of the remedy. There is no evidence before this Court to suggest that any harm resulted from the immediate operation of the remedy in those cases.

III. Conclusions and Disposition

180 For the reasons outlined by Cory J., I conclude that the exclusion of sexual orientation from the protected grounds of discrimination in the *IRPA* violates s. 15 of the *Charter*. In addition, for the reasons set out above, the impugned legislation cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. Accordingly, I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal, and set aside the judgment of the Alberta Court of Appeal with party-and-party costs throughout.

181 I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do (a) decisions not to include sexual orientation or (b) the non-inclusion of sexual orientation, as a prohibited ground of discrimination in the preamble and ss. 2(1), 3, 4, 7(1), 8(1), 10 and 16(1) of the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, as am., now called the *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 1980, c. H-11.7, infringe or deny the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to Question 1 is "yes", is the infringement or denial demonstrably justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

SUPREME COURT OF CANADA

**DELWIN VRIEND and GALA-GAY AND LESBIAN AWARENESS SOCIETY
OF EDMONTON and GAY AND LESBIAN COMMUNITY CENTRE OF
EDMONTON SOCIETY and DIGNITY CANADA DIGNITÉ FOR GAY
CATHOLICS AND SUPPORTERS**

v.

**HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF ALBERTA and HER MAJESTY'S
ATTORNEY GENERAL IN AND FOR THE PROVINCE OF ALBERTA**

and

**THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA, THE ATTORNEY GENERAL
FOR ONTARIO, THE ALBERTA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION,
EQUALITY FOR GAYS AND LESBIANS EVERYWHERE (EGALE), THE
WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND (LEAF), THE
FOUNDATION FOR EQUAL FAMILIES, THE CANADIAN HUMAN RIGHTS
COMMISSION, THE CANADIAN LABOUR CONGRESS, THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION - ALBERTA BRANCH, THE CANADIAN ASSOCIATION
OF STATUTORY HUMAN RIGHTS AGENCIES (CASHRA), THE CANADIAN
AIDS SOCIETY, THE ALBERTA AND NORTHWEST CONFERENCE OF THE
UNITED CHURCH OF CANADA, THE CANADIAN JEWISH CONGRESS,
THE CHRISTIAN LEGAL FELLOWSHIP, THE ALBERTA FEDERATION OF
WOMEN UNITED FOR FAMILIES, THE EVANGELICAL FELLOWSHIP OF
CANADA and FOCUS ON THE FAMILY (CANADA) ASSOCIATION**

CORAM: The Chief Justice and L'Heureux-Dubé, Sopinka,* Gonthier,
Cory, McLachlin, Jacobucci, Major and Bastarache JJ.

* Sopinka J. took no part in the judgment.

L'HEUREUX-DUBÉ J.:

182 I am in general agreement with the results reached by my colleagues, Cory and Iacobucci JJ. While I agree with Iacobucci J.'s approach to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I wish to reiterate the position which I have maintained throughout with respect to the approach to be taken to s. 15(1).

183 In my view, s. 15(1) of the *Charter* is first and foremost an equality provision. In *Andrews v Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171, this Court unanimously accepted s. 15's primary mission as "the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration". In *Egan v Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 39, I articulated the approach to equality in a similar vein:

[A]t the heart of s. 15 is the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as equal human beings, equally capable, and equally deserving. A person or group of persons has been discriminated against within the meaning of s. 15 of the *Charter* when members of that group have been made to feel, by virtue of the impugned legislative distinction, that they are less capable, or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. These are the core elements of a definition of "discrimination" -- a definition that focuses on impact (i.e. discriminatory effect) rather than on constituent elements (i.e. the grounds of the distinction). [Emphasis in original.]

Integral to the inquiry into whether a legislative distinction is in fact discriminatory within the meaning of s. 15(1) is an appreciation of both the social vulnerability of the affected individual or group, and the nature of the interest which is affected in terms of its importance to human dignity and personhood.

184

Given this purpose, every legislative distinction (including, as in this case, a legislative omission) which negatively impacts on an individual or group who has been found to be disadvantaged in our society, the impact of which deprives the individual or group of the law's protection or benefit in a way which negatively affects their human dignity and personhood, does not treat these persons or groups with "equal concern, respect and consideration". Consequently, s. 15(1) of the *Charter* is engaged. At this point, the burden shifts to the legislature to justify such an infringement of s. 15(1) under s. 1. It is at this stage only that the relevancy of the distinction to the legislative objective, among other factors, may be pertinent.

185

I do not agree with the centrality of enumerated and analogous grounds in Cory J.'s approach to s. 15(1). Although the presence of enumerated or analogous grounds may be indicia of discrimination, or may even raise a presumption of discrimination, it is in the appreciation of the nature of the individual or group who is being negatively affected that they should be examined. Of greatest significance to a finding of discrimination is the effect of the legislative distinction on that individual or group. As McIntyre J. stated for the Court in *Andrews, supra*, at p. 165:

To approach the ideal of full equality before and under the law . . . the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned. [Emphasis added.]

The s. 15(1) analysis should properly focus on uncovering and understanding the negative impacts of a legislative distinction on the affected individual or group, rather than on whether the distinction has been made on an enumerated or analogous ground. In my view, to instead make the presence of an enumerated or analogous ground a

precondition to the search for discriminatory effects is inconsistent with a liberal and purposive approach to *Charter* interpretation generally, and specifically, to a *Charter* guarantee which is at the heart of our aspirations as a society that everyone be treated equally

186 As a final comment, I wish to stress that I cannot agree with Cory J.'s incorporation of La Forest J.'s narrow approach to defining analogous grounds. At para. 90 of his reasons, Cory J. concludes that sexual orientation is an analogous ground because it is, in La Forest J.'s words from *Egan, supra*, at para. 5, "a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs". La Forest J. in *Egan, supra*, at the end of para. 5, also restrictively characterized analogous grounds as being those based on "innate" characteristics. As demonstrated by McLachlin J., writing for the majority in *Miron v Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, this Court has endorsed a much more varied and comprehensive approach to the determination of whether a particular basis for discrimination is analogous to those grounds enumerated in s. 15(1). At paras. 148-49, she explained that:

One indicator of an analogous ground may be that the targeted group has suffered historical disadvantage, independent of the challenged distinction: *Andrews, supra*, at p. 152 *per* Wilson J.; *Turpin, supra*, at pp. 1331-32. Another may be the fact that the group constitutes a "discrete and insular minority": *Andrews, supra*, at p. 152 *per* Wilson J. and at p. 183 *per* McIntyre J.; *Turpin, supra*, at p. 1333. Another indicator is a distinction made on the basis of a personal characteristic; as McIntyre J. stated in *Andrews*, "(d)istinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed" (pp. 174-75). By extension, it has been suggested that distinctions based on personal and immutable characteristics must be discriminatory within s. 15(1): *Andrews, supra*, at p. 195 *per* La Forest J. Additional assistance may be obtained by comparing the ground at

issue with the grounds enumerated, or from recognition by legislators and jurists that the ground is discriminatory: see *Egan v. Canada, supra.* *per* Cory J.

All of these may be valid indicators in the inclusionary sense that their presence may signal an analogous ground. But the converse proposition -- that any or all of them must be present to find an analogous ground -- is invalid. As Wilson J. recognized in *Turpin* (at p. 1333), they are but "analytical tools" which may be "of assistance". [Emphasis in original.]

187

This being said, I agree with Cory and Iacobucci JJ. to allow the appeal and dismiss the cross-appeal with costs.

SUPREME COURT OF CANADA

DELWIN VRIEND and GALA-GAY AND LESBIAN AWARENESS SOCIETY OF EDMONTON and GAY AND LESBIAN COMMUNITY CENTRE OF EDMONTON SOCIETY and DIGNITY CANADA DIGNITÉ FOR GAY CATHOLICS AND SUPPORTERS

v.

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF ALBERTA and HER MAJESTY'S ATTORNEY GENERAL IN AND FOR THE PROVINCE OF ALBERTA

and

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA, THE ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO, THE ALBERTA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION, EQUALITY FOR GAYS AND LESBIANS EVERYWHERE (EGALE), THE WOMEN'S LEGAL EDUCATION AND ACTION FUND (LEAF), THE FOUNDATION FOR EQUAL FAMILIES, THE CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION, THE CANADIAN LABOUR CONGRESS, THE CANADIAN BAR ASSOCIATION - ALBERTA BRANCH, THE CANADIAN ASSOCIATION OF STATUTORY HUMAN RIGHTS AGENCIES (CASHRA), THE CANADIAN AIDS SOCIETY, THE ALBERTA AND NORTHWEST CONFERENCE OF THE UNITED CHURCH OF CANADA, THE CANADIAN JEWISH CONGRESS, THE CHRISTIAN LEGAL FELLOWSHIP, THE ALBERTA FEDERATION OF WOMEN UNITED FOR FAMILIES, THE EVANGELICAL FELLOWSHIP OF CANADA and FOCUS ON THE FAMILY (CANADA) ASSOCIATION

CORAM: The Chief Justice and L'Heureux-Dubé, Sopinka*, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

MAJOR J.:

188 The *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2 ("IRPA" or "the Act") provided at the relevant time in its preamble among other things that the purpose

* Sopinka J. took no part in the judgment.

of that human rights Act is to recognize the principle that all persons are equal in dignity and rights and to provide protection of those rights to all individuals in Alberta.

It stated:

WHEREAS recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all persons is the foundation of freedom, justice and peace in the world; and

WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all persons are equal in dignity and rights without regard to race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin; and

WHEREAS it is fitting that this principle be affirmed by the Legislature of Alberta in an enactment whereby those rights of the individual may be protected . . .

Section 7 of the *IRPA* stated:

- 7(1) No employer or person acting on behalf of an employer shall
 - (a) refuse to employ or refuse to continue to employ any person, or
 - (b) discrimination against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or of any other person.

...

- (3) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

Section 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides:

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be,

that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

Analysis

189 In the preamble of the *IRPA* the Province of Alberta makes it clear that the purpose of the legislation is to recognize the principle that all persons are equal in dignity and rights, and to provide protection of those rights to all individuals in Alberta through the elimination of discriminatory practices.

190 Section 7 provides that no employer shall discriminate against any person with respect to employment because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or of any other person. The absence of sexual orientation from the enumerated grounds gave rise to the litigation resulting in this appeal.

191 The Province of Alberta was invited to but declined at the appeal to explain how people with different sexual orientation were not part of the phrase "all persons are equal in dignity and rights". As well, the Province of Alberta failed to demonstrate

how the exclusion of sexual orientation from the *IRPA* accords with its legislative purpose. It is puzzling that the Legislature, having enacted comprehensive human rights legislation that applies to everyone in the province, would then selectively deny the protection of the Act to certain groups of individuals. No explanation was given, and none is apparent from the evidence filed by the Province.

192 The inescapable conclusion is that there is no reason to exclude that group from s. 7 and I agree with Justices Cory and Iacobucci that to do so is discriminatory and offends their constitutional rights.

193 While a number of submissions related to the appellant's employment as a teacher this appeal will not be determinative of the matter between the appellant Vriend and his former employer, King's College. Extension of the legislation, either by the Court or by the Legislature, to include protection from discrimination based on sexual orientation will provide the first step in allowing the appellant to have his complaint heard by the Alberta Human Rights Commission. The ultimate success of that action, however, will depend in part on whether the College can demonstrate that its refusal to continue to employ Vriend was based on a *bona fide* occupational requirement, pursuant to s. 7(3) of the *IRPA*. The issue of whether a private fundamentalist Christian college can legitimately refuse to employ a homosexual teacher will be for the Alberta Human Rights Commission, and not this Court, to decide.

194 With respect to remedy, Iacobucci J. relies on the reasoning in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, to support his conclusion that the words "sexual orientation" ought to be read into the *IRPA*. In my view, the analysis in *Schachter* with

respect to reading in is not compelling here. The Court there decided that the appropriate remedy was to strike down the relevant legislation but temporarily suspend the declaration of invalidity. The directions on "reading in" were not as the Chief Justice stated at p. 719, intended "as hard and fast rules to be applied regardless of factual context".

195 In my opinion, *Schachter* did not contemplate the circumstances that pertain here, that is, where the Legislature's opposition to including sexual orientation as a prohibited ground of discrimination is abundantly clear on the record. Reading in may be appropriate where it can be safely assumed that the legislature itself would have remedied the underinclusiveness by extending the benefit or protection to the previously excluded group. That assumption cannot be made in this appeal.

196 The issue may be that the Legislature would prefer no human rights Act over one that includes sexual orientation as a prohibited ground of discrimination, or the issue may be how the legislation ought to be amended to bring it into conformity with the *Charter*. That determination is best left to the Legislature. As was stated in *Hunter v Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169:

While the courts are guardians of the Constitution and of individuals' rights under it, it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional. [Emphasis added.]

197 There are numerous ways in which the legislation could be amended to address the underinclusiveness. Sexual orientation may be added as a prohibited ground of discrimination to each of the impugned provisions. In so doing, the

Legislature may choose to define the term “sexual orientation”, or it may devise constitutional limitations on the scope of protection provided by the *IRPA*. As an alternative, the Legislature may choose to override the *Charter* breach by invoking s. 33 of the *Charter*, which enables Parliament or a legislature to enact a law that will operate notwithstanding the rights guaranteed in s. 2 and ss. 7 to 15 of the *Charter*. Given the persistent refusal of the Legislature to protect against discrimination on the basis of sexual orientation, it may be that it would choose to invoke s. 33 in these circumstances. In any event it should lie with the elected Legislature to determine this issue. They are answerable to the electorate of that province and it is for them to choose the remedy whether it is changing the legislation or using the notwithstanding clause. That decision in turn will be judged by the voters.

198 The responsibility of enacting legislation that accords with the rights guaranteed by the *Charter* rests with the legislature. Except in the clearest of cases, courts should not dictate how underinclusive legislation must be amended. Obviously, the courts have a role to play in protecting *Charter* rights by deciding on the constitutionality of legislation. Deference and respect for the role of the legislature come into play in determining how unconstitutional legislation will be amended where various means are available.

199 Given the apparent legislative opposition to including sexual orientation in the *IRPA*, I conclude that this is not an appropriate case for reading in. It is preferable to declare the offending sections invalid and provide the Legislature with an opportunity to rectify them. I would restrict the declaration of invalidity to the employment-related provisions of the *IRPA*, that is ss. 7(1), 8(1) and 10. While the same conclusions may apply to the remaining provisions of the *IRPA*, this Court has

stated that *Charter* cases should not be considered in a factual vacuum: see *MacKay v Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 361.

200 The only remaining issue is whether the declaration of invalidity ought to be temporarily suspended. In *Schachter*, Lamer C.J. stated that a declaration of invalidity may be temporarily suspended where the legislation is deemed unconstitutional because of underinclusiveness rather than overbreadth, and striking down the legislation would result in the deprivation of benefits from deserving persons without thereby benefitting the individual whose rights have been violated.

201 There is no intention to deprive individuals in Alberta of the protection afforded by the *IRPA*, but only to ensure that the legislation is brought into conformity with the *Charter* while simultaneously respecting the role of the legislature. I would therefore order that the declaration of invalidity be suspended for one year to allow the Legislature an opportunity to bring the impugned provisions into line with its constitutional obligations.

Conclusion

202 I agree with my colleagues that the exclusion of sexual orientation as a protected ground of discrimination from ss. 7(1), 8(1) and 10 of the *IRPA* violates s. 15 of the *Charter* and cannot be saved under s. 1. I would declare these sections unconstitutional but suspend the declaration of invalidity for a period of one year.

115p

		Court File No. CV-18-00602494-0000 Court File No. CV-18-00603633-0000 Court File No., CV-18-00603633-0000
ROCCO ACHAMPPONG	-and-	ONTARIO (HON. DOUG FORD, PREMIER OF ONTARIO), ONTARIO (ATTORNEY-GENERAL), and CITY OF TORONTO
Applicant CHRIS MOISE, ISH ADERONMU, and PRABHA KHOSLA, on her own behalf and on behalf of all members of Women Win TO	Respondent	
Applicant CITY OF TORONTO	-and-	ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
Applicant	Respondent	
	-and-	ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
		Respondent
ONTARIO SUPERIOR COURT OF JUSTICE		
PROCEEDING COMMENCED AT TORONTO		
BOOK OF AUTHORITIES OF THE INTERVENORS, JENNIFER HOLLETT, LILY CHENG, SUSAN DEXTER, GEOFFREY KETTEL and DYANOOSH YOUSSEFI		
<p>Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP 155 Wellington Street West, 35th Floor Toronto, ON M5V 3H1</p> <p>Donald K. Eady (LSO #30635P) Tel.: 416.646.4321 email: don.eady@paliareroland.com</p> <p>Caroline V. (Nini) Jones (LSO #43956J) Tel.: 416.646.7433 email: nini.jones@paliareroland.com</p> <p>Jodi Martin (LSO #54966V) Tel.: 416.646.7482 email: jodi.martin@paliareroland.com</p> <p>Fax: 416.646.4301</p> <p>Lawyers for the Intervenors, Jennifer Hollett, Lily Cheng, Susan Dexter, Geoffrey Kettel and Dyanoosh Youssefi</p>		